المجلد الخامس من شرح ابن عبد السلام على كتاب ابن الحاجب

٣٣٢ ع

الحرف السادس [خامس] من شرح كتاب ابن
الحاجب في الفقه على مذهب
الإمام مالك بن أنس
الشيخ الإمام العلامة
ركن الدين محمد بن عبد السلام
المالكي رحمه الله
عفا الله عنه وأرضاه
ونفع به

قد وقف هذه النسخة الكتبية السلطان الأعظم
والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين
خادم الحرمين الشريفين سلطان بن
السلطان السلطان الغازي محمود خان
وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع وأفاد
وتعلم واستفاد ...
حرره الفقير أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف
الحرمين الشريفين غفر لهما

فيه الحج والصلح والحوالة والضمان والشركة والوكالة والإقرار
... والوديعة والعارية والغصب والشفعة والقسمة والقراض
والمساقاة والمزارعة والإجارات

من نسخة المباركة نسخة الشيخ عبد الله المنوفي ونسخة
الكمال الناشري بخط تلميذ الشيخ خليل صاحب المختصر

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

وقوله وبلوغ الذكر بالاحتلام لا خلاف اعلمه ان الاحتلام علامة
على البلوغ وقد قال تعالى يا ايها الذين امنوا ليستاذنكم الذين ملكت ايمانكم
والذين لم يبلغوا الحلم منكم الى قوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم
فليستاذنوا فدل صدر الاية بالاشارة وآخرها بالمطابقة على ان الاحتلام
فاصل بين سن الاطفال وسن الرجال وقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم
عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم ويتعلق المجرور من كلام المؤلف بمحذوف
تقديره وبلوغ الذكر يعرف بالاحتلام وقوله او الانبات هذه
الامارة فيها اضطراب في المذهب ومنهم من قال انما الخلاف هل هي امارة
باعتبار احكام الادميين ولا خلاف انها ليست بامارة فيما بين الانسان وبين
الله تعالى فمن قتل مثلا وجهل بلوغه وعلم منه الانبات فاختلف هل يقتص
منه اولا ولا يختلف على هذه الطريقة انه لا تلزمه الصلاة والصيام
وشبههما والصحيح وهو المشهور من المذهب انها امارة لانه صلى الله عليه
وسلم قتل من جرت عليه المواسي من بني قريظة مع نهيه عن قتل النساء
والصبيان وقال ابو حنيفة انه لا يكون امارة اصلا وقال الشافعي انه
امارة في اولاد المشركين ولم يختلف قوله في ذلك واختلف قوله في كونه
امارة في اولاد المسلمين الذي حكينا عن مشهور مذهبنا هو نقل المازري
وغيره وهو ظاهر من كتاب الجهاد من المدونة لانه قال فيها ولا يسهم
للنساء والعبيد والصبيان اذا قاتلوا ولا يرضخ لهم ورأى ابو بصرة الغفاري
وعقبة بن عامر الجهني ان يسهم لمن انبت من الصبيان الاحرار هكذا
فهم بعضهم هذا الموضع اعني ان ابن القاسم احتج براي هذين الصحابيين
على ان الانبات امارة على البلوغ والذي قاله محتمل وفي كتاب القطع ولا
تجب على الصبيان حد في سرقة او زنا حتى يحتلم الغلام وتحيض الجارية

او يبلغا

او يبلغا سنا لا يبلغه احد الا بلغ ذلك من احتلام او حيض قيل
فان انبت الشعر قبل ذلك قال قد قال مالك يحد اذا انبت ولحسبنا
الا يحتلم بالانبات وقد اضعف مالك الى الاحتلام حين كلمته في الانبات
وقال في كتاب القذف ولا يحد الصبي في الصبية في الزنا او غيره من
الحدود حتى يحتلم الغلام وتحيض الجارية فان تاخر ذلك حتى يبلغا
سنا لا يبلغه احد الا راى ذلك من احتلام او حيض فان انبت الغلام
وقال لم احتلم وعلى فيمن بلغ سنه ان يحتلم فلا يحد حتى يحتلم او
يبلغ سنا لا يبلغه احد الا احتلم فانظر كيف اضطرب كلامه في الانبات
وقوله او السن وهو ثمان عشرة وقيل سبع عشرة وقيل خمس عشرة
والقول الاول هو المشهور في المذهب والقول الثالث قال الشافعي
وهو مذهب ابن وهب ولا فرق على المذهب بين الذكر والانثى ولم
يتعرض في المدونة الى تحديد السن الذي يحكم بانه امارة على البلوغ
وذلك هو الفقه اذ يعسر قيام دليل شرعي على ذلك غير انه روي
ابن عمر رضي الله عنه قال عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم عام احد
وانا ابن اربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه
عام الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فاجازني فظاهر هذا ان من دون
خمس عشرة سنة لا يحكم له بالبلوغ وان من بلغ خمس عشرة سنة
يحكم له بالبلوغ لقوله اولا ولم يرني بلغت وذلك يعطي انه راه قد
بلغ وهو ابن خمس عشرة لكن هل موجب ذلك هو بلوغ السن او ما
ظهر عليه من امارة القوة على القتال مع البلوغ وهذا الثاني هو الذي
يتناول الحديث عليه من خالف المشهور ويؤكد ذلك قول سمرة بن جندب
عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وانا ابن اربع عشرة سنة فردني وعرض
عليه فتى آخر فاجازه فقلت يا رسول الله اجزت هذا ورددتني ولو

صار يعني لصوغه فاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ضرب اعناق من
ما جاز في و قوله ويصدق في الاحتلام ما لم تتهم ريبه والانبات
مثله • يعني ان من طلب من الحقوق ما يشترط في حصوله البلوغ وادعى
انه بلغ وذلك كمن جاهد وطلب حقه من الغنيمه ولم يعلم بلوغه
الا من قوله فان لم تتهم ريبه قبل قوله وان قامت ريبه انتظر ووقف
وحكم بمقتضى ذلك من وجوب الحق له او سقوطه وهكذا الانبات
ولا تكشف عورته واما ان كان مطلوبا كمن جرح غيره او قتله وطلب
منه القصاص فادعى انه لم يحتلم فالذي ادعاه هو الاصل ولا اقتص
الا بعد تحقق بلوغه وقوله وقال ابن العربي ينظر في المراه غرت
• يعني ان ابن العربي قال في المشكوك في بلوغه اذا قلنا انه يقول
في ذلك على الانبات جعلت المراه امام الصبي واستدبر الناظر فينظر
الى شكل عورته في المراه فان راى هناك شعرا حكم ببلوغه والا فلا
وانكر ذلك ابن القطان للحدث المتاخر وقال انه لا يجوز النظر الى
العوره ولا الى صورتها وقوله والرشد ان يكون حافظا لماله
عارفا بوجوه اخذه واعطايه وقيل وجايز الشهاده • هذا حقيقه
الرشد في المال وهو الذي يدل عليه ظاهر قول ابن عباس في جوابه لنجده
الحروري واما كونه جايز الشهاده فمعناه قيل انه يضاف الى ذلك العداله
وهذا قول ابن الماجشون والاول مذهب المدونه نص عليه في كتاب المديان
وهو ظاهر كتاب الشهادات ورجحه بعضهم بالاتفاق على ان الفاسق
لا يحجر عليه وليس هناك اتفاق قال ابن شعبان حكى في التحجير على الفاسق
لاجل فسقه قولين غير ان الظاهر دال على انه لا يحجر عليه بسبب الفسق
لان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفا بعده اقاموا الحدود على من وجبت
عليه ولم يحجروا على من اقاموها عليه قال بعض اهل المذهب واختبار
رشد

رشد اليتيم بدخوله الاسواق ومخالطته الناس في شرايهم وبيوعهم
فيعرف رشده بان يكون على المغبون ويغبط الحافظ لماله ويصوب
فعله وقوله وصفه السفيه ان يكون ذا سرف في اللذات المحرمه
بحيث لا يرى المال عندها شيا • هذا ظاهر النصوص الا ان اشتراطه
في اللذات ان تكون محرمه خلاف ظاهر المذهب وانما يجري ذلك على
احد القولين اللذين حكاهما ابن شعبان ولا يبعد جريانه على
مذهب ابن الماجشون على ان المولف اشترط السرف في اللذات المحرمه
ومن جعل الفسق مانعا من الرشد او جعله موجبا للحجر لم
يشترط كثره ذلك والسرف فيه بل جعل مطلق الفسق احد انواع
السفه وربما اوهم كلامه في المدونه مثل ما قال المولف هنا ولكنه
اذا تومل زال ذلك الايهام قال في اخر كتاب المديان وصفه من يحجر
عليه من الاحرار ان يكون يبذر ماله سرفا في لذاته من الشراب والفسق
وغيره ويسقط فيه سقوط من لا يعد المال شيا ومن احرز ماله
ونماه وهو فاسق في حاله غير مبذر له فلا يحجر عليه وان كان له مال
عند وصي قبضه وقوله وتصرفه قبل الحجر على الامر المحجور عليه
على الاصح بنا على ان الرد للسفه لا للحجر • يعني وتصرف السفيه قبل
حجر القاضي عليه على الرد كتصرف المحجور عليه على اصح القولين وعلى
هذا القول الثاني ان افعاله قبل حجر القاضي عليه ماضيه كالرشيد فان
قلت هذه المساله تختلف فيها في المذهب على اربعه اقوال فلم فسر كلام
المولف بانه على اصح القولين وهلا فسرته بانه على القول الاصح ويكون
المقابل للقول الاصح بل واحد من الاقوال الثلاثه الباقيه قلت فسرته
بذلك لوجهين احدهما ان ذلك هو عاده المولف المستمره في هذا الكتاب
انه انما يقابل الاصح عند الاطلاق بقول واحد لا باقوال كما يفعل ذلك

في المشهور والصحيح وغيرهما من صفات الاقوال الثاني ما يعقب به كلامه
هنا من قوله وعليهما العمل في تصرفه بعد الحجر ما عاد الضمير لا
مجموعا والقول الذي ذكر المؤلف انه الاصح هو مذهب ابن القاسم ومطرف
وهو اختيار المتاخرين من الافريقيين ومقابله هو قول مالك واكثر
اصحابه وروى زياد شبطون القرطبي عن مالك انه ساله عن سفيه
عندهم يكسر قوارير البان على ناصية فرسه ويشتري الكلب والبازي
بالضيعة الخطيرة تمضي افعاله قال ثم سالته بعد زمان فقال
تمضي افعاله ولو كان مثل سفيهكم والقول الثالث لمطرف وابن الماجشون
التفرقة بين ان يبلغ سفيها ويتمادى على ذلك فالحكم ما قاله ابن القاسم
من رد افعاله وبين ان يكون خرج من السفه بعد بلوغه ورشده
ثم احدث سفها بعد ذلك فانه تمضي افعاله في المعاوضات وترد في
الهبات الظاهرة والمغابنة الفاحشة والقول الرابع التفرقة
بين السفه الظاهر البين وبين السفه الخفي واما قول المؤلف بنا على
ان الرد للسفه لا للحجر فمعناه ان الحكم في محل الوفاق وهو الرد لافعال
السفيه المحجور عليه هل هو مضاف الى العلة وهو السفه او الى ضابطه
وما جرى مجرى المظنة وهو حجر القاضي عليه والاصل ترتيب الاحكام
على العلل لكن بشرط الانضباط وهذه العلة قد لا تنضبط اما اولا
فللاختلاف المذهب وغيره في حقيقة السفه كما قدمناه من الخلاف
في اعتبار الفسق في السفه والعدالة في الرشد واما ثانيا فلان تصرف
المليء في ماله من اتساع النفقة واعطا الغير يسمى ان يكون مخالفا
لتصرف الفقير في ذلك وكذا تصرف الفقير والمتوسط لتصرف الغني عد
سرفا وتبذيرا وقد يظن بالانسان انه فقير وهو غني او متوسط او كثير
العايد من صناعة وغير ذلك وهذه امور لا يضبطها احاد الناس

فاحتيج

فاحتيج الى حاكم يرفع النزاع وهذا المعنى هو الذي راعاه مالك واكثر اصحابه
وهو الذي راعاه صاحبا القول الثالث والرابع فلا نطيل بسطه لانه لا
يخفى عليك قال في اجوبة المدونات ومثله في كتاب الماذون له في التجارة ومن
اراد ان يحجر على ولده اتى به الامام ليحجر عليه ويشهر ذلك في الجامع
والاسواق ويشهد على ذلك فمن بايعه او ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود
فاخذ من هذا غير واحد ان مذهب المدونة موافق لمالك واكثر اصحابه
ومخالف لقول ابن القاسم وقال في فوق هذا ولا يتولى الحجر الا القاضي قيل
فصاحب الشرطة قال القاضي احب الي وقوله وعليهما العمل في تصرفه
بعد الحجر اذا رشد يعني وعلى القولين او وعلى سببيهما يعني ان الحكم
في المحجور اذا رشد ولم يحكم القاضي باطلاقه فعلى قول ابن القاسم تمضي افعاله
لان المعتبر عنده انما هو حال المتصرف لا حكم الحاكم وعلى قول مالك
واكثر اصحابه لا تمضي لان القاضي لما لم يفك عنه الحجر الا بعد ان فعلها
فقد وقعت منه في حال كان ممنوعا من ايقاعها فيه فلا تمضي بل ترد وهذا
الذي ذكره المؤلف صحيح في النقل وفي المعنى الذي بني عليه لولا ان ابن رشد
حكى عن ابن القاسم ما معناه ان افعال السفيه قبل الحجر جميعه على العلة
عنده فما وافق منها افعال الرشيد مضى وما وافق السفيه ابطل واما
افعاله بعد الحجر فمردودة وهذا ايضا له اصل مختلف فيه في المذهب
وهو ان من فعل فعلا لو رفع الى الحاكم لم يفعل سواه هل يمضي ولا يتوقف
على حكم الحاكم او لا بد من حكم الحاكم وهذا المحجور قد صار حاله انه تصرف
تصرفا صحيحا في نفسه لو رفع الى الحاكم لم يفعل الا ذلك الفعل لكنه قد
يقال ان ذلك وان كان عنده صحيحا وان من فعل فعلا مثل هذا لم يكن فعله
كفعل الحاكم فلم لم امضا افعاله قبل الحجر ما وافق منها الصواب وقال
يوافقه وقوله وفايدة الحجر رد التصرفات المالية كالبيع والشرا والاقرار

بالدين وباتلاف المال والتوكيل الا وصيه الصغير اذا لم يخلط فيها كالسفيه
والفايده العظمي في الحجر انما هي صون المال عن التلف ولاجل ذلك ترد افعال
المحجور الواقعه على خلاف السداد ومراده بالماليه ما عدا ما ذكره
بعد هذا من الطلاق والاستلحاق وما عطف عليهما فان قلت الحجر للولي
هنا ان كان هو الحجر المتقدم الذي ذكر اسبابه فتشبيهه بالسفيه لا يصح
لانه احد انواع جنس ذلك الحجر وان كان مراده انما هو بعض انواع ذلك
الجنس وذلك البعض غير معين قلت ظاهر كلامه ان مراده الحجر السابق
الذي ذكر اسبابه واما التشبيه بالسفيه فليس من هذا وانما هو راجع الي
فصل الوصيه بعده اي وصيه الصغير جايزه كوصيه السفيه لا رد
التصرفات الماليه غير ان في ذلك شيا وهو انه اذا كان مراده هو ما قلناه
كان حجر المريض مانعا من الاقرار ولا يمنع منه مطلقا وانما يمنع من ذلك
لمن يتهم عليه في بعض الصور وكذلك يلزم رد تصرفات الزوجه في
المال ولا يمنع الا من شي مخصوص وهو العطيه التي تزيد على ثلث مالها
ولا خفا ان مراد المولف من رد التصرفات الماليه انما هو بشرط ان يري
الولي ذلك في البيع والشرا وشبهه لا انه مردود مطلقا فان لم يكن للسفيه
ولي قدم له القاضي ناظرا ينظر له كالوصي فان غفل عنه حتى حل امره كان مخيرا
في رد ذلك واجازته فان رد الوصي بيعه وابتياعه وكان قد اتلف الثمن
الذي باع به او السلعه التي ابتاعها لم يتبع ماله بشي قال ابن رشد واختلف
ان كانت امه فاولدها فقيل ان ذلك فوت ولا ترد وقيل ليس بفوت كالعتق
فترد ولا يكون عليه من قيمه الولد شي واختلف ان كان قد انفق الثمن
فيما لا بد له منه هل يتبع ماله بذلك ام لا على قولين قال ولو كان استرى
منه امه فاولدها المشتري واعتقها او غنما فتناسلت او بقعه فبناها
او شيا له غله فاغتله كان حكمه في جميع ذلك حكم من اشتري من مالك فيما يظن

بلغت
كما صرح الشيخ
ان الصغير
اذا عقل
تجوز وصيته

فاستحق

فاستحق من يده بعد ان احدث فيه ما ذكر فيرد العتق ويعود المعتقه
الي ملكه وياخذ الامه التي ولدت وقيمه ولدها على الخلاف المعلوم في
ذلك وان كان الولد من غير المشتري بتزويج اخذهم البايع مع الام وكذلك
ياخذ الغنم ونسلها ويكون عليه فيما بناه قيمه بنيانه وكانت الغله التي
اغتل له بالضمان قال هذا كله ان كان لم يعلم بانه مولى عليه واما ان علم
انه مولى عليه فهو متعد في البيع فحكمه حكم الغاصب يرد الغله ويكون
له فيما بناه قيمته منقوضا واختلف فيما فوت السفيه من ماله بالبيع
والهبه والصدقه والعتق وما اشبه ذلك فلم يعلم به حتى مات هل يرد
بعد الموت ام لا على قولين ومراد المولف هنا بالتوكيل هو في الحقوق الماليه
وحدها واما قول المولف الا وصيه الصغير فالكلام على ذلك حسب يليق به
من باب الوصايا وقوله ولا حجر على البالغ العاقل في الطلاق واستلحاق
النسب ونفيه واعتاق ام ولده والاقرار بموجب العقوبات بخلاف المجنون
انما صح منه ما ذكره المولف هنا لانها ليست بحقوق ماليه ولان العاقل
بما هو عاقل يمنعه عقله من الكذب في الاقرار بموجب العقوبات وشبهها
وكذلك يلزمه الطلاق عند جمهور العلما وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف
لا يلزمه لان ذلك يودي الي حاجته الي تزويج اخري بصداق وقد يطلقها
فيحتاج الي ثالثه ورابعه وذلك داعيه الي اتلاف ماله ومال الي هذا القول
بعض شيوخ المذهب وخرجه على قول المغيره في عتقه ام ولده انه لا
يلزمه ورد عليه بعض المتاخرين مفرقا للمغيره بان ام الولد بقي لسيدها
فيها ارش الجنايه فلو امضينا عتقه فيها لكنا قد اتلفنا عليه بعض الفوايد
الماليه وكما ان المذهب يلزمه الطلاق فكذلك المذهب يلزمه الظهار قال ابن
رشد وينظر له فيه وليه بوجه النظر فان راي ان يعتق عنه ويمسك عليه
زوجته فعل وان راي ان لا يعتق عنه وان ادي ذلك الي الفراق كان له ذلك

ولا يجزيه ان كان له مال صيام ولا اطعام وعند ابن المواز اذا لم يرد له الولي
العتق فله ان يصوم وقال ابن كنانه له ان يعتق عنه في اول مره فان عاد
الى الظهار لم يعتق عنه لان المره الواحده تكون من الحليم والسفيه ونحا
الى هذا ابن المواز وحيث قلنا انه لا يصوم طلق عليه ان رفعته ولم يضرب
له اجل الايلا قاله اصبغ وحيث قلنا له الصوم فانه يضرب له اجل الايلا
وما قاله المولف من لزوم اعتاق ام ولده ان فعله هو المعروف في المذهب
وفي المدونة لا ان قول المغيره انه لا يلزمه وهو قول ابن نافع واذا قلنا
بالاول فاختلف هل يتبعها مالها فقال مالك يتبعها وقال ابن القاسم لا
يتبعها وقال اصبغ يتبعها ان يسيرا ولا يتبعها ان كان كثيرا واختلف
المذهب في صحه عفوه عن حد قذف وجب له وعن قصاص في جرح وجب له
فامضى ذلك ابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون لابيه او وصيه ان
يرد ذلك ويطلب حقه في عوضه وفي القصاص الذي يجب له بخلاف جراح الخطا
فانه لا يختلف ان عفوه عنها غير ماض لانه لا يجب له فيها الا مال ولو كان
هذا الجراح ادى الى قتله فعفا عنه عند موته فانه يكون في ثلثه كالوصايا
وان كان الواجب له قصاص في نفس كما لو قتل ابوه او ابنه عمدا فعفا عنه
صح عفوه على مذهب ابن القاسم الذي يرى انه ليس لولي الدم ان يجبر القاتل
على دفع الديه لانه عفا حينيذ عن حق ليس بمالي وفيه نظر عندي على
مذهب مطرف وابن الماجشون الذي نقلناه الان واما على مذهب اشهب
الذي يرى ان ولي الدم بالخيار بين القتل وبين جبر القاتل على الديه فهذا
مما يرد فيه بعضهم ولجراه على من ملك ان يملك هل يعد مالكا
واستلحاق النسب ليس بمالي فيقبل وذلك بغيه وان ادى الى تلف مال
فانما يودي اليه نادرا لاحتمال ان يموت المنفي بعد نفيه وايضا وايضا
فلزوم الحد للنافي وادع له عن الادب واما المجنون فحكمه حكم الصبي في هذه

المسايل

المسايل وهو عدم اللزوم لعدم العقل الحسي في حق المجنون والحكمي
في حق الصبي وقوله وولي الصبي ابوه ثم الوصي ثم وصيه ثم الحاكم
ولا ولاية للجد ولا غيره ● يعني ان الناظر للصبي هو الاب ان وجد وان
لم يوجد فوصيه وهكذا فيمن بلغ وهذا اذا كان الاب رشيدا فان كان
مولى عليه فاختلف هل يكون الناظر على الاب ناظرا على ولده او لا نظر له
عليه وانما ينظر له القاضي هذا الخلاف ذكروه في الانكاح والباب واحد
والله سبحانه اعلم ● ثم حيث يكون النظر الى الحاكم فانه يقدم ناظرا واختلف
في هذا المقدم هل هو وكيل الحاكم او القاضي جبر به الخلل الا ان يترك
الاب تقديم وصي لهذا الولد ويظهر ثمره الخلاف في مسايل منها اذا اراد
هذا المقدم دفع مال المحجور له عليه اذا رشد بعد ان علم رشده
فهل له ذلك دون امر القاضي او لا بد في ذلك من امر القاضي والاول
هو المشهور وهو قول مالك على ما حكاه المازري الى غير ذلك من المسايل
وانما ذكرنا هذه المسله لان كثيرا من اهل الزمان يجهلون ان يكون ما قلناه
هو المشهور والمذهب كما قال انه لا ولاية للجد على ولد ولده وهو
كالاجنبي واحرى ان لا يكون لغيره ولاية وذهب غير واحد من العلما
الى ان للجد ابي الاب الولاية على حفيده عند عدم الاب وهو الاقرب
عندي لما جبل عليه من الحنان والشفقة وان لم يبلغ في ذلك الى درجة
الاب ولكن لا يصل اليه في ذلك احد من القرابات ولا غيرهم ولا سيما مع
فساد الزمان وقله الامانه في الاجانب وقد اجاز الجمهور من اهل
المذهب بيع الكافله على مكفولها من الربع ما قيمته عشرون دينارا
ونحوها وقوله ولا يباع عقاره الا لحاجه الانفاق او لغبطه
او لسقوطه ان لم ينفق عليه ما يكون البيع عنده اولى او ليستبدل ثمنه
اصلح ● ظاهر كلامه ان الجمهور المحجور لا يباع عقاره الا لوجه

من الوجوه التي ذكرها سواء كان في حجر ابيه او في حجر غيره وظاهر
المذهب ان الاب يبيع على ولده الصغير او السفيه الذي في حجره الربع
وغيره لوجه من هذه الوجوه ولغيرها وفعله في ربع ولده لغلة
في غير ذلك من ماله هو كله محمول على الصلاح والسداد وانما يحتاج
الى ما ذكره الوصي وحده فهو الذي لا يبيع عقار المحجور الا لاحد
هذه الوجوه وكون الانفاق حاجة تبيح لبيع عقاره ظاهر لانه
لم يحفظ عليه ماله الا لينفق عليه منه ومراده بالغبطة هو ما
اشار اليه في المدونة ان يكون له ملك يجاوره وشبه ذلك فيبذل له اضعاف
الثمن ولا شك ان مثل هذا نظر ويصرف هذا الثمن في ربع اخر يكون عائده
مثل الذي بيع عليه او اكثر قال سحنون ويشترط ان يكون هذا الملك
مال عمر بن عبد العزيز يعني في طيب المال قال ابو عمران فان علم الوصي بخبث
ماله حسن وذلك للوصي البيع اذا خاف سقوط الربع على حاله ولا يمكن
ان يعاد على ما كان عليه الا بعد انفاق كثير يكون بيع الربع على
حاله قبل السقوط احسن للمحجور فما من قول المولف ما يكون البيع عنه
اولى موصولة منصوبة انتصاب المفعول به والعامل فيها يتفق من
قوله ان لم ينفق عليه اي ان خيف سقوطه ما لم ينفق عليه نفقة
كثيرة يكون البيع بسببها اولى فبيعه حينئذ سائغ ويستبدل بذلك
الثمن ما هو اصلح للمحجور ولما كان من المصلحة ان يكون اكثر مال المحجور
ربعا كان الاصل التمسك له به وان لا ينتقل عن ذلك الاصل الا لمعارض
راجح او مانع من التمادي على ملك ذلك الربع بعينه لكن الوجوه
التي يقع بها المعارضة في هذا الموضع والموانع كثيرة لا تنحصر فيما
ذكره المولف وانما يحسن ان يقال ان ما ذكره المولف مثال
لذلك فقد قالوا انها تباع الدار اذا خشي عليها السقوط ولم يكن في

مال

مال المحجور ما تبنى منه وكذلك تباع اذا اتى عليها الانزال من جهة
السلطان وشبهه وكذلك تباع اذا دعا الشريك للبيع ولا يمكن قسمتها
وكذلك اذا كان الملك موظفا وكذلك اذا كانت الدار بين اليهود وكذلك ان
كانت لا كبير فائدة فيها فيستبدل بثمنها ما له فائدة وقد تقدم الان
التنبيه على ان للكافل ان يبيع على اليتيم الربع القليل الثمن لحاجة الانفاق
وهذا هو المعمول به عند المتاخرين وقيل يعتبر له ذلك واستقرئ من
المدونة حيث قال في كتاب القسم من تولى لخاله صغيرا او ابن اخ لا يجوز
بيعه عليه ولا قسمه له فاذا لم يجز ذلك للكافل ذي القرابة فلان لا يجوز
ذلك للاجنبي احرى وعن مالك وغيره فيما حكاه ابن الماجشون في الواضحة
اجازة نظر العم وغيره كالام والاخ الرشيد لليتيم دون تقدم من
السلطان او ايصاء اب واجازوا له ما يجوز للوصي اذا احسن النظر ولم
يتهم ويقرب منه اجازة مالك في المدونة للملتقط اللقيط ان يحوز له ما
وهب له وكذلك ما في النكاح الاول من اجازة انكاح الكافل المكفولة
وقال ومن انظر لها منه قال ابو بكر بن عبد الرحمن وغيره واذا جاز
انكاحه فبيعه اولى وقيل يجوز ذلك للكافل في بلد لا سلطان فيه ويمنع
في بلد فيه سلطان وما حد ذلك القليل قيل عشرة دنانير ونحوها
وقيل عشرون وقيل ثلاثون وهذا الفصل الذي ذكره المولف وما
يتعلق به موعب في كتاب الاحكام وقوله وللولي النظر في قصاص
الصغير او الدية ولا يعفو هذا بين ان الاب ومن ذكر معه في قوله
وولي الصبي ابوه يكون لكل واحد منهم النظر في القصاص الواجب للصبي
او اخذ الدية عنه بما هو الاحسن له في المال والحسب الذي لا حاجة
له فيما ياخذه عوضا عن ذلك بل يكون اخذه الدية عارا عليه في العرف جبار
له القصاص وكذا ولغيره الدية ولا يعفو الولي لانه لم يقدر على ذلك

وان عفا الوتيم عفوه وقوله ولا يعتق ولا يطلق الا بعوض بالنظر
في عبيد البالغين الذكور • اما العتق فانه اخراج المال من غير عوض للمحجور
وانما قدم عليه خشيه ان يفعل ذلك المحجور عليه واما الطلاق فان
كان بغير عوض فليس للولي ايقاعه قبل لانه اتلاف للعصمه عليه
من غير عوض وهذا لا يطرد لان كثيرا من النسا بقاوها في عصمه
المحجور مضره عليه فان لم يكن هنا اتفاق لاهل المذهب والا فالاصول
شاهده بتمكينه الولي من ذلك في حق الصغير وان كان بعوض جاز
للولي ايقاعه على الصغير كبيعه عليه وشرايه له وقوله
وللاب ذلك في الانثى المجبره • يعني ان للاب المخالعه عن ابنته التي
تجبرها على النكاح فاله ذلك في حق ابنه الصغير لان نظره لهما
واحد وقوله وفي غيرها ان المحجور عليهن وفي البالغ السفيهة
قولان • تقدم هذا المعنى في محله من كتاب الخلع وقوله وبعفو
عن شفعته لمصلحه فتسقط • الاخذ بالشفعه كالشرا وقد
يكون ذلك غبطة وقد لا يكون فان اخذ له بالشفعه صح وان لم يجد
واسقط الاخذ بها صح لكن اذا كان لمصلحة وان كان المصلحه هو
الاخذ فترك الاخذ له لم يسقط حق المحجور اذا رشد وسياتي هذا في
كتاب الشفعه مع الزياده التي في هذه المسله وقوله وللسيد
الحجر على رقيقه حافظا او مضيعا • لما فرغ الكلام على الاسباب الثلاث
اتبعه بالكلام على السبب الرابع وهو الرق ولا شك ان للسيد الحجر
على مماليكه سوا قيل بان العبد يملك او لا يملك وانما مقصود المولف
الكلام على الاذن لهم في التجاره وما يتبع ذلك ولهذا يبوب الفقها
كتاب الماذون له في التجاره وانتصب مضيعا وحافظا على الحال كل
رقيق فان قلت الرقيق جمع فكيف افرد الحال منه قلت قد قال

الجوهري

الجوهري والرقيق المملوك واحد وجمع ولما كان الحجر على المملوك لاجل سيده لا
لاجل العبد كان للسيد ان يحجر على العبد الحافظ لماله بخلاف من تقدم فان كان
الحجر عليهم لحقوق انفسهم فيجب على اوليايهم دفع اموالهم اليهم عند
ايناس الرشد لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
وقوله وحكم من اذن له السيد في التجاره حكم الوكيل المفوض اليه
فيها • لم يتقدم له بيان حكم الوكيل المفوض اليه ولا حكم غيره من
الوكلا حتى تصح الاحالة عليه والمذهب انه ان اذن له في التجاره من غير
تقييد بنوع ما جازله التجر في كل نوع بالنقد وبالدين وان اذن له في نوع
منها فقال في المدونه ومن خلى بين عبده وبين التجاره يتجر فيها شيا ولزم
ذمته ما داين الناس به من جميع انواع التجاره لانه اقعده للناس ولا يدري الناس
لاي انواع التجاره اقعده وسوا اذن له في شي مخصوص او غير مخصوص
وظاهر قوله ولا يدري الناس لاي انواع التجاره اقعده بنا على عكس العله
ان سيده لو اشهر ما اقعده عليه واعلنه لما لزمه شي مما داين في غير
ذلك النوع وقاله غير واحد من الشيوخ واما لو لم ياذن له الا في نوع
واحد كما لو قال له اتجر في البز ولا تتعده الي غيره او لا تبع بدين وداين
الناس او اتجر في غير البز فقال ابن القاسم واصبغ يلزمه ذلك قال ابن
القاسم فان قصر ما بيده فاني استحسن ان يكون ما بقي في ذمته وقاله اصبغ
استحسانا قال وفيها ضعف وخالف في ذلك سحنون وقوله ولكن له
ان يضع او يوخر او يعمل طعاما الا استيلافا للتجاره • يريد انه لا
يعمل طعاما يدعو الناس اليه والاستثنا عايد الي جميع الجمل المتقدمه
نص على ذلك في المدونه ومنع سحنون من التاخير بالثمن لانه ان كان عن
غير فايده فظاهر وان كان لمنفعة الاستيلاف فهو سلف جر منفعة
واجيب باختيار القسم الثاني ولا يلزم عليه ما ذكر لانها منفعة غير محققه

لحصول وايضا فانه منقوض بالحجر فانه تجوز له التاخير بالاثمان لطلبا
لحصول حمده الثنا قال في المدونه ولا يجوز للعبد ان يعير من ماله عاريه
بغير اذن سيده مادونا كان او غير مادون وكذلك العطيه وحكى ابن
المواز عن غيره انه لا باس ان يعير دابته الى المكان القريب ويعطي السايل
الكسرة والقبضة وقوله وله ان يتصرف في الوصيه له والهبه
ونحوهما ويقبلهما بغير اذنه وكذلك غير الماذون ۞ ينبغي ان يكون قوله
وكذلك غير الماذون راجعا الى قوله ويقبلهما بغير اذنه خاصه ولا
يرجع الى اذن التصرف لان التصرف انما يجوز للماذون له في التجاره اللهم
الا ان يكون الموصي او الواهب شرط في وصيته او في هبته ان لا حجر عليه
فيها فينبغي ان يمضي ذلك على شرطه كما قاله بعضهم في السفيه والصغير
وقوله وفي امضا اخذ الماذون له القراض واعطايه قولان لابن القاسم
واشهب القايل ان للماذون امضا ... القراض واعطايه
هو مالك وابن القاسم نص عليه في المدونه والقايل بالقول الثاني هو
اشهب وسحنون الا ان مالكا نص على اخذه وابن القاسم نص على دفعه
وسبب الخلاف هل هو من باب التجاره او من باب الاجاره قال بعضهم فان
اخذ الماذون له قراضا فربح فيه فما اخذ من الربح فهو مثل خراجه لا
يقضي منه دينه ولا يتبعه ان عتق لانه انما باع منافع نفسه بذلك
فاشبه ان لو استعمل نفسه في الاجارات والمساقاة مثل القراض قال ابن
القاسم في المدونه واما ان اقعده صنعه مثل قصار ونحوه فلا
يكون ذلك اذنا في التجاره ولا في المداينه وكذلك ان قال العبد ادِّ الي
الغله فليس بماذون له في التجاره وقوله ويتعلق دينه بما في يده
ثم بذمته اذا عتق لا برقبته ولا بسيده ۞ يعني ان الدين الذي يلحق
الماذون له بسبب التجاره وما في معناها من وديعه استهلكها فذلك

في ذمته

في ذمته لا في رقبته ولا في ذمة سيده وقال ابو حنيفه للغرما بيع
الماذون له في دينه وقال اشهب ان كان الماذون له وغدا لا يتبع مثله
فلا يتبع وان كان على غير ذلك فذلك في ذمته وحكى يحيى ابن عمر عن
بعضهم ان استهلكها بتعد فهي في رقبته كالجنايه فان قلت ما الذي
افادته ثم بذمته اليسار فالجواب ان عليه دين يدفع مما في يديه
ويتبع ذمته بما بقي عليه قلت لما كان الحر اذا دفع ما في يديه للغرما فاي
شي حصل له من مال يا تبول الغرما اخذه او غيرهما كان للغرما اخذه واما
الماذون له اذا دفع ما في يديه فلا يودي ما عليه من دين من خراجه ولا
من عمل يديه وانما يودي به من وصيه او هبه يوصى له بها او يوهب له
والغالب ان ذلك لا يكون بأثر الحجر عليه بل بعد الزمان الطويل فحسن ادخال
ثم في هذا الموضع والله سبحانه اعلم فان قلت قد قيد المولف ما يودي من
ذمته بالعتق فقال ثم بذمته اذا عتق وظاهره انه لا يودي من ذمته
قبل العتق وقد قلتم انه يودي من الهبه والوصيه قلت الذي قاله يمشي
على مذهب ابن القابسي وذلك ان في المدونه وما وهب للماذون وقد اغترقه
دين فغرماوه احق به من سيده وسيده احق بكسبه وعمل يده وارش جرحه
وقيمته ان قتل وان خارجه سيده لم يكن للغرما من عمل يده شي ولا من
خراجه ولا مما يبقى بيد العبد من خراجه وانما يكون لهم ذلك فيما كان يوهب
للعبد او تصدق به عليه او اوصي له به فقبله العبد فذكر عن الشيخ ابي
الحسن القابسي ان معنى الهبه والصدقه والوصيه هنا فيما اراد به معطيه
ان يقضي منه دينه واما ان لم يوهب له لذلك فهو بمنزله ما اكتسبه العبد
من غير التجاره وقال الشيخ ابو محمد ذلك سوا للغرما به اخذه في دينهم كان ذلك
بهذا الشرط او لا ومعنى ما قاله الشيخ ابو الحسن لا يمكن ان يدفع للغرما شي الا بما
يعطى للعبد لاجل دينه وقلما يكون ذلك فلا يأتي الطلب واتباع ذمته الا بعد

من قوله ثم

عتقه وقوله وتباع ام ولده دون ولده الا ان يشتريه وعليه دين
● يعني ان ام ولده ليست لها حرمة ام ولد الحر لانه لو كانت لها حرمة توجب
لها الحرية بسبب الاستيلاد لكانت ارفع حالا من سيدها والفرض ان سيدها
لا شائبة فيه من شوائب الحرية فلذلك بيعت في الدين فان قلت فعلى هذا
ينبغي ان يكون لسيدها بيعها في غير الدين اختيارا وظاهر كلام المؤلف
خلافه قلت الامر على ما قلته ان سيدها له بيعها اختيارا في غير الدين
لكن ليس لاجل شائبة حصلت فيها من شوائب الحرية ولكن لحق سيده هو
ففي كتاب الماذون له في التجارة من المدونة قيل لمالك ايبيع الماذون ام ولده قال
ان اذن له سيده قال ابن القاسم واما فيما عليه من دين فانها تباع لانها مال له
ولا حرية فيها ولم يجعلها من الحرية ما دخل ام ولد الحر واما ولده منها فلا
يباع في دينه لان ولده ليس بمال له قال ولو اشترى الماذون ولده وعليه دين
فانهم يباعون في دينه لانه اتلف اموال غرمائه وهم في هذا الموضع ملكه وفي
اخر العتق الاول بعض هذا قال غير واحد من الشيوخ انما لم يكن للماذون
بيع ام ولده الا باذن سيده خشية ان تكون حاملا وهو لا يملك حملها فلو
باعها لحملها لباع ما لا يملك وهو الجنين وقال بعضهم انما لم يكن للماذون البيع
الا باذن السيد بسبب ان من الناس من يقول انها تكون ام ولد بذلك الحمل الذي
حملته منه في حال الرق ويكون مدبرا لسيدها اي اذا عتق سيدها كانت له ام
ولد بالحمل الذي حملته منه في حال الرق ويلزمه الان فيها حكم ام الولد
التي اولدها بعد عتقه وهذا الوجه وان كان حسنا ومبنيا على مراعاة
الخلاف بعيد عن مقصد الامام وعن ظاهر كلامه لانه اجاز بيع الماذون
لها باذن سيده في ذلك ولو كان لاجل ما قاله هذا القائل لما افاد اذن سيده
له واورد عليه بعض الشيوخ على الاول ان طرده موجب ان لا يبيع الماذون امته
التي وطئها الا بعد اذن سيده لاحتمال انها حامل منه حين البيع واجب

بان ام الولد

بان ام الولد صارت بمنزلة لسيدها ولم يبق فيها بيده الا بسبب ما تلده بخلاف
الامة التي لم تلد منه تارك فراشها للخدمة ولغيرها واختلف الشيوخ
في ام ولد الماذون اذا بيعت في الدين ثم ظهر انها كانت حاملا يوم البيع
هل للسيد ان يفسخ بيعها او لا على قولين واما ان باعها بغير اذن سيده ولم
يظهر بها حمل فقال بعض الشيوخ لا ينقض هذا البيع ولم يذكروا في ذلك
خلافا واما ان باع الماذون من اقاربه من يعتق على الحر فباعه بغير
اذن سيده فاختلف الشيوخ في نقض ذلك البيع فقال بعض من تكلم ان
بيع ام الولد لا ينقض انه ينقض هذا البيع وقال غيره لا ينقض وقوله
وهو في قيام الغرماء والحجر كالحر وقبل الحجر كالسيد من غير حاكم وقال اللخمي ما لم
يبطل حجره ● قد تقدم ان للغرماء القيام على الغريم بديونهم والحجر عليه
السلطان وقد تقدم ايضا ان للسيد ان يحجر على عبده سواء كان مضيعا
او حافظا فصدر كلام المؤلف هنا يقتضي ان مراده التشبيه بالحجر
في حق الغرماء ولا شك انه جار في هذا مجرى الحر واما اخر كلام المؤلف
وهو حجر السيد على عبده وذلك هو منصوص عليه في المذهب ونصوص فقه
كلامه ظاهر وكلام اللخمي صحيح لا ينبغي ان يعدل عنه وقوله واما
الانتزاع اذا لم يكن غرما فكغيره ● يعني ان اذن السيد لعبده في التجارة
لا يكون مانعا لسيده من انتزاع ماله الا ترى ان له ان يحجر عليه ثم ينتزع
ماله فكذلك ينتزع ماله او بعض ماله مع بقاء الاذن له في التجارة وهذا ما
لم يتعلق بمال العبد حق لغير السيد لاجل دين استدانه ونحو ذلك فلا
يكون للسيد حق الا فيما زاد بيد العبد على حق الغرماء وصار ما ياخذه
السيد الان من عبده من غير عوض كهبة المديان وعطيته وقوله واذا
كان تجره لسيده وهو نصراني لم يجز لسيده ثمانيه من تجر في خمر ونحوه ●
انما لم يجز للسيد ثمانيه من التجر في الخمر والخنزير والربا وشبه ذلك اذا كان

بحجر لسيده لانه جنيته كالوكيل لسيده فهو في ذلك كسيده وهذا بين
وقوله فان كان لنفسه ففي جواز تمكينه قولان ه يعني فان تجر العبد
لنفسه بماله ففي جواز تمكين السيد له من التجر في الخمر قولان وهما جاريان
على هل العبد يملك او لا يملك وعلى ان يقال ان بعد تسليم القول بان العبد
يملك الا ان للسيد الانتزاع فيجري ان بعد ذلك على من ملك ان يملك وقد
ورث ابو عمر عبد الله كان يجري في الخمر والغالب ان حال العبد وهو حي لا
تخفى عنه واختلف ابن القاسم واشهب في الحالف لا يركب دابة فلان فركب دابة
عبده فراى ابن القاسم انه حنث بذلك وقال اشهب لا يحنث ه وقوله وحجر
لحق الورثة في المرض المخوف فيما زاد على حاجته من اكله وكسوته وتداويه
ويوقف كل تبرع فان مات [illegible] ه هذا احد الاسباب التي قدم المولف تعدادها
قبل هذا وهو المرض المخوف واختلف العلما في عده فيها وفي اعتباره سببا
للحجر ومذهب الفقها اعتباره وقال اهل الظاهر انه لا حجر على المريض مطلقا
وهو كالصحيح واحتج الفقها بما في الصحيح من حديث سعد ابن ابي وقاص قال
عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع اشفيت منه
على الموت قلت يا رسول الله بلغ بي ما ترى من الوجع وانا ذو مال ولا يرثني الا
ابنة لي واحدة افاتصدق بثلثي مالي قال لا افاتصدق بشطره قال لا الثلث
والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنيا خير من ان تذرهم عالة يتكففون
الناس ولست تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا اجرت عليها حتى اللقمة
تجعلها في في امراتك قال قلت يا رسول الله أُخلف بعد اصحابي قال انك
ان تخلف فتعمل عملا تبتغي به وجه الله الا ازددت به درجة ورفعة
ولعلك تخلف حتى ينتفع بك اقوام ويضر بك اخرون اللهم امض لاصحابي
هجرتهم ولا تردهم على اعقابهم لكن البايس سعد ابن خولة قال رثى له
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ان توفي بمكة وفي الصحيح ايضا عن عمران

ابن حصين

ابن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين عند موته لم يكن له مال غيرهم
فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق
اربعة وقال له قولا شديدا قال عبد الحق القول الشديد والله اعلم ما ذكره
النساي عن الحسن عن عمران بن حصين ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
فيه في هذه القصة لقد هممت الا اصلي عليه فظاهر هذين الحديثين
ان الاول صدقة في المرض وان الثاني اعتاق في المرض لا ان ذلك وصية بعد
الموت وانما الحجر على المريض فيما زاد على الضروري وما يحتاج اليه من النفقة
كما قاله المولف لا في ذلك ما عطيه واما اسراف هذا في المرض المخوف لجريان
سبب الموت وحصول مظنته واما ما ليس بمخوف من الامراض فصاحبها
كالصحيح ولا خلاف فيها واما قول المولف ويوقف كل تبرع فظاهره العموم
ولو في العتق وانما يتم هذا على احد القولين في قول مالك فيمن له مال مامون
وهذا القول رجع عنه مالك ثم قال بعده ان من له مال مامون نفذ عطاياه
وعتقه قبل موته وقال في كتاب الصدقة من المدونة بعد ان ذكر معنى ما
ذكره المولف هنا من الوقف ولا يتعجل الموهوب قبضه الا على احد
قولي مالك في المريض له مال مامون فينفذها بتلا من عتق وغيره وقال في
كتاب العتق الاول ولو بتل في مرضه عتق عبده كله وماله مامون تعجل
عتقه وتمت حرمته في جميع احكام الاحرار من الموارثة والشهادات وغيرها
وان لم يكن ماله مامونا وكان يخرج من الثلث لم يتعجل عتقه ووقف وكان له
حرمة العبد حتى يقوم بعد موت سيده في ثلثه وليس المال المامون عند
مالك الا في الدور والارضين والنخل والعقار ولمالك قول في المبتل في المرض
ان حكمه حكم العبد حتى يعتق بعد موت سيده في الثلث وقد رجع عنه
مالك الى ما وصفنا وقوله فان مات فمن الثلث والا فكالصحيح
ه يعني ان وقف العطية انما كان لحق الورثة فان مات المعطي كانت تلك

العطيه من الثلث كالوصيه وان لم يمت من ذلك المرض بل صح منه لزمته العطيه
من راس ماله كما يلزم الصحيح لان الوقف انما كان لحق الورثه فاذا صح تبين ان لا حق
لهم وقوله ولا حجر عليه في المعاوضه والمحاباه فيهما من الثلث يعني ان
الحجر عليه ليس كالحجر على المفلس ولا على العبد بل له ان يبيع ويشتري ويواجر ويستاجر
ما لم يحاب وكانه قصد بلفظ المعاوضه الاستظهار على عقود الاجاره وشبهها
من قراض ومساقاه ولم يقتصر على ما يقوله بعضهم انه له البيع والشرا فاتى بلفظ
المعاوضه ليشمل له ما ذكرنا من العقود لكن يدخل تحته النكاح والخلع وهما من
عقود المعاوضه التي ليس لهذا المريض فعلهما فلو قيدها فقال في المعاوضه
المالية لكان احسن واما قوله والمحاباه فيهما من الثلث فتنبيه على ان حكم المريض
منها مخالف لحكم الموصي وذلك ان المريض لما كان البيع والشرا من غير محاباه
جايزا ولا تحجير عليه فيه والحجر عليه مقصور على العطيه جعلت المحاباه
وحدها في الثلث لا نفس المبيع او ثمنه كالو باع بعشره ما حقه ان يباع بعشرين
او اشترى بعشرين ما حقه ان يشترى بعشره فانه يجعل العشره التي
حابا بها وحدها في ثلثه واما الموصي بان يشترى بعشرين ما شانه ان يشترى
بعشره او يباع بعشره ما قيمته عشرون فانه يجعل في الثلث جميع السلعه
او جميع الثمن على ما يبين في غير هذا الموضع لان الورثه ما ملكوا جميع التركه
بعد وفاته فاذا حجر عليهم بعضها بالبيع او الشرا جعل ما وقع فيه الحجر
في الثلث هذا هو المذهب فنبه المولف هنا على ذلك والله سبحانه اعلم فان
قلت هل يتناول كلام المولف العقود التي يطلب فيها المناجزه اذا وقعت
فيها المحاباه فتكون المحاباه في الثلث ويصح ما عدا ذلك قلت ظاهر كلامه
يتناوله وقد نص اصبغ على ذلك في الصرف ومسله اقاله المريض في اول كتاب
السلم الثالث من المدونه وحلاف سحنون في ذلك مشهور الا ان المولف لو
اراد ادخال هذا النوع تحت كلامه لتعرض لخلاف سحنون بل عادته في مثل

هذا ذكر مسله المدونه وقوله والمخوف ما حكم الطب بانه الهلاك به
كثير كالحمى الحاده والسل والقولنج وذات الجنب والاسهال بالدم مراده
بالكثير هنا ان يكون الموت عن المرض فاشيا شهيرا لا يتعجب من حصول
الموت باثره لا انه يكون غالبا فان الموت اذا حصل باثر مرض من هذه الامراض
لا يتعجب منه اهل العرف وهذا اعلم من ان يكون الموت عنه غالبا او لا فان
ما يكون الموت عنه غالبا اخص من هذا ويتعجب اهل العرف من السلامه منه
وظاهر كلام المازري انه لا بد من ان يكون الموت عنه غالبا وحينئذ يكون موجبا
للحجر وهو الذي يدل عليه في المخ وشبهه وقوله والحامل تبلغ سته
اشهر ظاهر هذا انه بدخولها في الشهر السادس يحكم لها بحكم المريض
مرضا مخوفا وفي هذا الاصل قولان ورأي المازري انها في هذا الحد
وفيما بعده لا يحكم لها بحكم المريض قال وحكى بعضهم الاجماع على انها
في حال الطلق يحكم لها بحكم المريض قال فان صح الاجماع خرجت هذه الصور
بدليل والا فمقتضى النظر انه لا يحكم لها بذلك حينئذ لانه لو كان الموت
عن هذا المرض غالبا لزم الا تلد المراه الا مره واحده والمعلوم خلافه
وهذا صحيح ان اعتبر في هذا المرض كون الموت عنه غالبا وان اعتبر فيه
كون الموت اكثريا على ما يقتضيه كلام المولف فلا يلزم ما قاله المازري
قال ابن القاسم ويعلم انها بلغت سته اشهر بقولها ولا يسال النساء عن
ذلك وقوله والمحبوس للقتل او قطع يد او رجل ان خيف عليه
الموت وحاضر الزحف ان قلت كيف يمكن عدم خيف عليه الموت
بسبب قطع يد او رجل في هذا الفصل ليس ان المذهب اذا خيف ذلك
على السارق او المقتص منه بسبب الحر او البرد انهما يوخران قلت بلى ولكن
المسله هنا مفروضه فيما هو اعم مما سالت عنه فقد يكون الحابس ظالما في
القطع او في دعنه او جاهلا وانما المقصود هنا ان من اريد منه القطع

وهو على الحال الموصوف حكم له بحكم المريض مرضا مخوفا واما قول المؤلف
وحاضر الزحف فالمذهب كما قال وخالف في ذلك الشافعي وابو حنيفة فخالفا
في المحبوس للقتل ما لم يقرب الى القتل ويتقدم الزاحف الى البراز واستدل اهل
المذهب بقوله تعالى ولقد كنتم تمنون الموت من قبل ان تلقوه فقد رايتموه وانتم
تنظرون قالوا وانما ذكروا القتال الذي كانوا تمنوه وفي استدلالهم بها نظر قال وهذا
الباجي والله سبحانه اعلم اذا كان في صف المقاتلين وجمهور العلماء اذا كان في
النظارة لو كان متوجها الى القتال قبل ان يتصل الصف فلا قال واما من
كان في صف الرد فلم ار فيه نصا واري انه لا يثبت له هذا الحكم الا ان يكون
في صف في حكم المقاتلة وقوله بخلاف الملجج في البحر والنيل وقت الهول
على المشهور ◦ هذه المخالفة بين حاضر الزحف والمحبوس للقتل وبين الملجج
في البحر ولعله يريد بوقت الهول الزمن الذي يعتاد فيه الهول لا الزمن
الذي وجد فيه الهول وفي المدونة قال فيمن طلق زوجته وهو في سفينة
في لجج البحر او النيل او الفرات او دجلة او بطائح البصرة قال قال مالك
اذا اصاب اهل البحر النوء والريح الشديدة فخافوا الغرق فاعتق احدهم
عبدا في تلك الحال فهو من راس المال ولا يشبه هذا الخوف وقد روي عن
مالك انه امر ان يجعل في الثلث فتامل قول مالك اذا اصاب اهل البحر
النوء ومع ذلك جعل عتقه من راس المال وهو مخالف لما تاولناه على
المؤلف فينبغي كلام المؤلف على ظاهره الا ان الفقه هو ما ذكرناه قال ابن المواز
والطلاق على هذا من الاختلاف وتامل ايضا كلام مالك فلم يقتصر فيه
على النيل ولا على دجلة والفرات وانما جرى ذكر ذلك في السؤال لا في الجواب
واختلف فيمن جمحت به دابته هل حكمه حكم المريض وهو ظاهر قول مالك
واشهب وابن وهب او حكمه حكم الصحيح وهو قول ابن القاسم وقوله
بخلاف الجرب والضرس وحمى يوم وحمى الربع والرمد والبرص والجذام

والفالج

والفالج ◦ هذه المخالفة بين ما ذكر بعدها وبين جميع ما تقدمها مما يكون
افعال المريض فيه في الثلث والغالب في هذه الامراض التي ذكرها المؤلف هنا
السلامة ومع ذلك فالمرجوع في ذلك الى ما يقوله ثقات الاطباء فربما ازمنت
حمى الربع وخيف منها الموت ولهذا قال في المدونة واما المفلوج وصاحب
حمى الربع والاجذم والابرص وذو القروح والجراح مما اقعده من ذلك
واضناه وبلغ به حد الخوف عليه فله حكم المريض وما لم يبلغ به ذلك
فله حكم الصحيح وقوله وتحجر الزوج فيما زاد على ثلثها بهبة او صدقة
او عتق او غيره مما ليس بمعاوضة ◦ يعني ان للزوج ان يمنع زوجته من
اعطاء ما زاد على ثلث مالها وقد اختلف اهل العلم في ذلك فاجاز ذلك
لها جماعة منهم الشافعي وابو حنيفة وهو الاصل لكن خرج النسائي من
حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي قال لما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم
مكة قام خطيبا فقال في خطبته لا يجوز لامراة عطية الا باذن زوجها
وفي طريق اخر لا يجوز لامراة هبة في مالها اذا ملك زوجها عصمتها واسناد
هذا الحديث مما اختلف في قبوله وخرج البخاري عن ميمونة انها اعتقت
وليدة ولم تستاذن النبي صلى الله عليه وسلم فلما كان يومها الذي يدور عليها
فيه قالت اشعرت يا رسول الله اني اعتقت وليدتي قال او فعلت قالت نعم
قال اما انك لو اعطيتها اخوالك كان اعظم لاجرك فجمع اهل المذهب بين هذه
الاحاديث واشباهها بان حملوا احاديث المنع على الكثير واحاديث
الاباحة على القليل وجعلوا الفصل فيما بين القليل والكثير هو الثلث لانه
القدر الذي اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية ولا يخفى عليك ما يتوجه على
نقله هذا الاستدلال من الكلام وظاهر كلام المؤلف التعميم في الازواج
والزوجات وقال ابن وهب في عبد تحته حرة انه ليس له منعها ان تتصدق
بمالها كله قال اصبغ قلت له فهو رايك في الحر ان له منعها الا من الثلث قال هو

اجب الي وخالفه اصبغ في الحره تحت العبد ومثله عن مالك وقال ابن المواز
لولي المولي عليه ان يمنع زوجته من ان تعطي اكثر من ثلث مالها وظاهر كلام
المولف ان لا مقال للزوج في الثلث فدون وانما حقه فيما زاد على الثلث وهذا
صحيح على المذهب اذا لم تقصد بالثلث فاقل الضرر واختلف المذهب اذا
قصدت بذلك الضرر على ثلاثة اقوال فقال انه يرد وقال ابن القاسم
واصبغ لا يرد وقيل ان صارت بالثلث رد وان كان باقل لم يرد ويدخل
في كلام المولف التدبير حيث قال او عتق او غيره مما ليس بمعاوضه وقد
اختلف اذا دبرت عبدها وهو اكثر من ثلثها هل للزوج فيه مقال ابن
الماجشون لا يرد ذلك الا باذن زوجها وقال مالك في روايه ابن القاسم ومطرف
ذلك ماض واختلف ايضا اذا اعتقت ثلث عبد لا تملك غيره فقال ابن ابي
حازم وابن القاسم ذلك ماض وقال ابن الماجشون هو مردود والمذهب
ان حمالتها كعطيتها واختلف الشيوخ في اعطائها القرض هل هو كعطيتها
وحمالتها فيمنع لان حاصل الحماله انها التزام سلف فعلى هذا لا يجوز ذلك
الا باذن زوجها اذا كان اكثر من الثلث وهو قول بعضهم وقيل بل يجوز
ان تسلف اكثر من ثلثها لانها طالبه لغيرها وفي الحماله هي مطلوبه وقوله
وهو جائز حتى يرد الزوج وقيل مردود ان لم يعد مراد نه ● بالقول
الاول قال ابن القاسم ورواه عن مالك وقاله اصبغ وبالقول الثاني قال مطرف
وابن الماجشون ومن ثمره هذا الخلاف على ما قاله ابن رشد ما لو اختلف
الزوجان فيما اعطت هل هو الثلث او ازيد فمن جعل عطيتها على الرد قال
القول قول الزوج ومن جعل عطيتها على الاجازه فالقول قول المراه وقوله
وان لم يعلم حتى تايمت مضى اتفاقا ● يعني ان لم يعلم الزوج بعطيتها اكثر
من ثلثها حتى طلقها او لم يعلم وورثته بذلك حتى مات فلا كلام للزوج
ولا لورثته اما ان قيل بان فعلها جائز حتى يرد فظاهر واما ان قيل انه

مردود

مردود فلان الوجيه معتبره شرطا في الرد وذلك الشرط مفقود وظاهر
كلام ابن حبيب وجود الخلاف في موت الزوج هل لورثته مقال والخلاف
موجود فيها اذا رد الزوج فعلها ولم تخرج من يدها حتى تايمت وقوله
وحتى ماتت فقولان ● يعني اذا لم يعلم الزوج بعطيتها حتى ماتت هي
فهل له مقال في رد تلك العطيه في ذلك قولان والقول بان للزوج الرد
للمهر لبقاء المال الذي هو سبب الحجر عليها ووجود حقه في جمله التركه
بخلاف ما اذا طلقها وقوله واذا تبرعت بما زاد فله ان يجيز الجميع
او يرد وقيل او يرد ما زاد خاصه كالمريض سوى العتق لانه لا يتبعض
● القائل بان له رد الجميع هو ابن القاسم في المدونه والقائل بالقول الاخر
هو المغيره وهو ايضا منصوص عنه في المدونه ومعنى قول المولف كالمريض
اي كفعل المريض اذا تبرع وانما قصد التشبيه بفعل المريض لانه قدم الكلام
عليه قريبا والا فالاحسن كان التشبيه بما شبه به في الروايه وهو
الوصيه قال المغيره في المدونه في ذات الزوج تزيد في عطيتها على الثلث
انه يجوز منه الثلث كالوصايا وبقول المغيره هذا قال ابن الماجشون وزاد
واما في عتق العبد فيرد جميعه لئلا يعتق بعضه بلا استتمام فيخالف
السنه وهذا الكلام هو الذي قصده المولف بقوله سوى العتق لانه لا يتبعض
قال ابن حبيب ورواه ابن الماجشون عن مالك وقال مطرف ما علمت ان مالكا
فرق بين ذلك الا ان تقتصر على الثلث قال ابن حبيب وبقول ابن الماجشون
اقول قال ابن القاسم في المدونه الا ان يزيد على الثلث كالدينار وما خف
فهذا يعلم انه لم يقصد به الضرر فيمضي الثلث مع ما زادت واستشهد
على ذلك من قول مالك بمسئله لا حاجه بنا الى ذكرها في هذا الموضع وقوله
وليس لها بعد التبرع بالثلث التبرع في بقيته الا في حال اخر ● ظاهره
انه لو كان بين التبرعين زمان قريبا او بعيد وهو قول في المذهب وقيل

تمضي العطيتان يريد هذا القايل اذا كانت العطيه الثانيه تخرج من ثلث ما
بقي وقال اصبغ اذا اعتقت راسا من رقيقها ثم راسا ثم راسا والزوج غايب
ثم قدم فان كان بين ذلك امر قريب حتى كانها اعتقت فجوّز الكثير
من مالها مثل ان يكون بين ذلك اليوم واليومان فان حمل جميعهم الثلث والا
رد جميعهم لعتقها اياهم في فور واحد وان كان بين ذلك مثل شهر وشهرين
جاز الاول ان حمله الثلث ورد ما بعده وان حمله الثلث مع الاول لانه
يخرجه الضرر وان باعد ما بين الوقتين مثل سته اشهر ونحوه فهو
عتق مؤتنف يبتدا العافيه نظر الثلث في كل وقت قلت في الاكثر قول
المولف لكن طرده انها لو تصدقت بسدس مالها او بربعه ثم ارادت
بعد ذلك بزمان طويل ان تتصدق لم يكن لها الا تمام الثلث ان لم
يتزايد مالها وقوله **الصلح** قال الجوهري الصلاح بكسر الصاد
مصدر المصالحه والاسم الصلح يذكر ويونث وقد اصطلحا وتصالحا
واصالحا ايضا مشددة الصاد وقال تعالى لا خير في كثير من نجواهم الا
من امر بصدقه او معروف او اصلاح بين الناس وقال تعالى وان امراه
خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا
والصلح خير وفي الحديث من روايه ابي هريره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال الصلح جايز بين المسلمين وهو حديث صحيح الاسناد وخرج ابو
داود من حديث ابي هريره ايضا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا واحاديث
الصلح كثيره كحديث العسيف وحديث كعب بن مالك وغيرهما وقوله
معاوضه كالبيع وابرا واسقاط ش هذا تنويع منه للصلح على الاقرار
وسياتي كلامه على الصلح على الانكار ولا شك ان المعاوضه غير الاسقاط
والابرا معا لان المعاوضه اخذ ما يخالف الشي المدعى فيه اما في الجنس

وامام الى

واما في الصفه واما غير العين المدعى فيها ولو كان مثلها فان اخذ
بعض حقه وترك بعضه فان كانت الدعوى في غير معين كشي في
الذمه خص بالابرا وان كان الابرا اعم من ذلك لغه وفي عرف الموثقين
وان كانت الدعوى في معين كدار مثلا فاخذ بعض حقه وترك بعضه
سمي ذلك المتروك اسقاطا وان كان لفظ الاسقاط كالمرادف للفظ الابرا
فان قلت الابرا اعم من الاسقاط لان الاسقاط يكون في الحقوق الثابته
خاصه والابرا يكون فيها وفي غير الثابته كمن اتهم انسانا بسرقه او
خيانه وشبه ذلك ثم ترك القيام بهذه الدعوى فان ذلك يسمى ابرا
ولا يسمى اسقاطا قلت لا ينكر المخالفه بين مسميهما بين اللفظين من
وجه غير الوجه الذي فرقنا بينهما به ولكن المراد في هذا الموضع هو
تفريق يليق بمقصود المولف والذي ذكرناه اقرب اليه لان المولف لم
يتعرض في هذا الموضع الى الابرا من التهم البته ولو ترك المولف هذا
التنويع لكان احسن انما تبع فيه ابن شاس وتبع فيه ابن شاس الغزالي
والشافعيه يحتاجون الى هذا التنويع لان البيع عندهم يفتقر الى
الفاظ مخصوصه ينعقد بها ولا ينعقد بغيرها والاسقاط راجع
الى الهبه والفاظها غير الفاظ البيع لانها تفتقر الى قبض والبيع لا
يفتقر الى ذلك ولما لم يتعرض ابن شاس والمولف الى هذا كان تركهما
تنويع صلح الاقرار اخص واقرب الى مقصدهما فان قلت هل يحتمل كلام
المولف انه جعل الابرا والاسقاط مترادفين قلت لا يبعد ذلك فانه
تعرض للكلام على الابرا وترك الاسقاط ولو كان مباينا للابرا لتعرض
للكلام عليه بخصه لكن غالب حال المولف انما هو المبالغه في الاختصار
وذلك خلاف هذا الوجه وقوله فالصلح عن الدين بيع الدين ش يعني
ان من ادعى دينا له على رجل فاقر له به فصالحه على ان اخذ منه شيا

ثمّا فزال الماخود عوض ذلك الدين فيشترط في هذه المعاوضة ما
يشترط في بيع هذا الدين لو لم تتقدم دعوي من المدعي ويتبين
ذلك بما يقوله المولف بعد هذا ولا خلاف في ذلك اعلمه وقوله
وعن البعض ابرا عن البعض والوضيعه لازمه ٥ يعني ان من ادعي
علي رجل دعوي بدين مثلا فاقر له به فصالحه علي ان اخذ منه نصف
ما اقر له به ووضع عنه الباقي جاز ذلك ولزم ولا شك في لزومه غير
انه لو كان الهبه للواهب ويشترط فيها قبول الموهوب له في حياة الواهب
وهل يلغي في ذلك قبول الموهوب له بعد موت الواهب في ذلك قولان
وللكلام عليهما محل غير هذا وها هنا فروع كثيرة لم يتعرض المولف
لذكرها واشهرها صلح الورثه لزوجة الميت والتشاغل بها بالكلام
علي ذلك يطول وقوله ويقدر الدين المقبوض كالعوض
٥ يعني ان من ادعي علي رجل دعوي بدين مثلا فاقر له به فصالحه
علي شي دفعه له فانك تقدر ما وقع به الصلح عوضا عن الدين المقر
به وتعرضه علي شروط البيع وموانعه فان حصلت الشروط
وعدمت الموانع اجزت والا منعت وهذا لان الغرض ان الصلح كان
علي الاقرار فاجريناها علي ما تقدم في الاقتضا في باب البيع هذا ما يدل
عليه كلام المولف هنا وفيه شي وذلك انه يجوز ان ياخذ عن الدين
الذي ادعاه من جنسه اقل مقدارا ولو فرضنا انه اخذه عوضا حققنا
لزم ان لا ياخذ فضه عن فضه اكثر منها ولو كانا حالين وكذلك
الطعام وكل ما يمتنع التفاضل فيه وقوله فيعتبر ضع وتعجل وحط
عني الضمان وازيدك وبيع الدين بالدين ٥ لما تقدم ان الصلح علي الوجه
الذي ذكره بيع من البيوع اتجه له ذلك اعتبار ما ذكر من الموانع الثلاث
وهي ضع وتعجل وهو عام في العين وغيره من العروض وحط عني الضمان

وازيدك

وازيدك وهو خاص بالعروض اعني ما عدا العين وبيع الدين بالدين وهو
عام في العين والعروض لكن مع اختلاف الجنسين فمن ادعي علي غيره دنانير
او دراهم موجله فصالحه علي اقل منها نقدا منع لدخول ضع وتعجل وكذلك
في العروض والطعام لدخول ضع وتعجل وان صالحه علي اكثر منها نقدا
جاز في الدنانير والدراهم لان حط عني الضمان وازيدك لا يدخل الدنانير
والدراهم وامتنع في الطعام والعروض لان هذا المانع يدخلهما وان صالحه
بدراهم موجله عن دنانير او بالعكس او بعروض موجله عن عروض موجله
امتنع لدخول بيع الدين بالدين وليس مراد المولف انه لا يعتبر غير ما ذكر من
الموانع بل ما ذكره منها تنبيه علي غيره مما لم يذكره فيعتبر صرف ما تاخير
وبيع الطعام قبل قبضه وغير ذلك مما ينبغي في المعاوضات وبالجمله ان
هذا الصلح اقتضا فلا يجوز فيه الا ما يجوز في الاقتضا وقوله
واما الصلح علي ترك القيام بالعيب فابن القاسم يري انه مبايعه بعد فسخ
الاول فيعتبر ما يحل ويحرم من بيع وسلف وفسخ دين في دين واشهب يري
البيع الاول باقيا وهذا عوض عن الاسقاط فيعتبر ما يحل ويحرم من سلف
جر منفعه وفسخ دين في دين ٥ معني هذا الكلام ان من اشتري سلعه
فاطلع فيها علي عيب قديم وقام به علي البايع فاقر به فاصطلحا علي شي
ياخذه المشتري من البايع علي ان يترك القيام بذلك العيب ويرضي به واختلف
ابن القاسم واشهب في الحكم حينيذ فراي ابن القاسم ان البيع يعد منتقضا
بسبب قيام المشتري علي البايع بالعيب وما اصطلحا عليه الان كانه بيد امعامله
وراي اشهب ان ما وقع عليه الصلح عوض عن القيام بالعيب والبيع الاول
لم يزل منعقدا قالوا وسبب الخلاف واختلافهم فيمن جعل له ان يختار هل يعد
ما لكا ام لا فابن القاسم راي ان المشتري لما كان مخيرا علي حل البيع صير
البيع منحلا واشهب راي ان القدره علي حل البيع اعم من حله ولا يلزم

من وجود الاعم وجود الاخص وهذا هو الاصح ومنهم من رجح الاول وزعم
انه احوط وليس كذلك لما سيظهر لك ان من المسايل ما يمتنع على راي
اشهب ولا يمتنع على راي ابن القاسم كما ان من المسايل ما يمتنع على راي ابن
القاسم ولا يمتنع على راي اشهب فلو كان مذهب ابن القاسم احوط لمنع كل
ما يمنعه اشهب والله سبحانه اعلم واما قول المولف فيعتبر الى اخره فيتبين
لك من الفروع التي يذكرها الان وقوله فمن اشترى عبدا بماية نقدا
ونقدها فصالح عن عيب بمحل من ذلك النقد او من العروض جاز عندهم
ه هذه مسلة المدونة وكل ما يتفرع عليها لما يذكره بعد هذا ولا
شك في صحة ما ذكره على اصل اشهب واما ابن القاسم فيرى ان البيع قد
انتقض وقد وجب للمشتري الماية التي قبضها منه البايع اخذ عوضا
عن تسعين منها العبد ورد عليه الباقي وهو عشرة وانما يكون هذا
اذا كانت العشرة المردودة من سكة الماية وهو مراد المولف بقوله من ذلك
النقد وان كانت العشرة من سكة اخرى امتنع لانه بيع ذهب وعبد
بذهب بخلاف ما اذا كانت السكة متفقة فيجوز لما قلنا وذلك ان اخذ
مع العبد عرضا كان العبد والعرض معا ماخوذين عن الماية وقوله
فلو صالح بعشرة الى شهر منع ابن القاسم لانه بيع وسلف لانه اشترى
حينئذ العبد بتسعين واخر العشرة وجوز اشهب لانها عن العيب ه يعني فلو كانت
المسلة بحالها الا ان الصلح على ان العشرة موخرة الى شهر فاصل ابن
القاسم المنع وكذلك نص عليه في المدونة لانحلال البيع على اصل ابن
القاسم ووجوب رد الماية الى المشتري فاذا اخذ العبد عن تسعين منها
واخره بالعشرة فالعشرة الموخرة سلف والعبد الماخوذ عن التسعين
بيع مقارن له وهو مراد المولف بقوله لانه بيع وسلف الى اخره ولانه
الاولى علة للمنع ولانه الثانية تقرير لتلك العلة ومعنى قول المولف

وجوز اشهد

وجوز اشهب لانها عن العيب اي عن القيام بالعيب لا عن قيمة العيب لان قيمة
العيب اما لا تجب مع الفوات وشبهه على ما تقدم في محله فان قلت قد ذكر
المولف في الاصل الذي بنى عليه هذه المسلة ان ابن القاسم يمنع بعض فروعها
لما يدخلها من فسخ الدين في الدين وكل ما يذكره المولف بعد هذا من فروع
هذه المسلة فهو جايز على اصل ابن القاسم والذي منع من فروعها معلل
بالبيع والسلف فاين ما يمتنع بسبب فسخ الدين في الدين قلت يحتمل ان يكون كل
فسخ الدين في الدين هو هذا الفرع وذلك ان العبد كما يصح في التقدير انه ماخوذ
عن تسعين يصح ان يكون ماخوذا عن احد وتسعين فاكثر فقد وجب للمشتري
تسعة فاقل اخذ عنها عشرة موخرة وذلك هو عين فسخ الدين في الدين
وسلف جر منفعة ويكون المولف اكتفى بالتنبيه على السلف والبيع عن التنبيه
على فسخ الدين في الدين ويحتمل ان يكون انما يذكر علة البيع والسلف عن صورة
اخرى من صور فسخ الدين في الدين وهي ما لو كان عوض العشرة الموخرة
عرض موخر قال في المدونة في مسلة المولف فلو تاخرت الدنانير عن غير
شرط جاز وقوله فلو صالح قبل النقد على تسعين ويوخر العشرة الى
انعكس القولان لانه عند ابن القاسم تاجيل البيع مستانف وهو جايز
وعند اشهب اخره بالعشرة ليسقط العيب فهو سلف جر منفعة ه يعني
فلو كانت المسلة هي هذه المسلة التي فرغنا منها بحالها الا ان الثمن لم
ينقد لكان فيها ايضا قولان لكنهما ينعكسان في النسبة فابن القاسم يجيز هذه
المسلة وهو يمنع التي قبلها واشهب يمنع هذه المسلة ويجيز التي قبلها وذلك
ان ابن القاسم يرى البيع قد انتقض ولم يكن المبتاع نقد من الثمن شيا فكانهما
يتفقان عليه الان فهو بيع مستانف فيصح تاخير العشرة واشهب
يقول ان البيع الاول لم ينتقض وقد وجب للبايع على المشتري ماية يقبض
الان منه تسعين واخره بعشرة لاجل ان المشتري اسقط عنه القيام بالعيب

وذلك هو عين سلف جر منفعة فان قلت فا بن فسخ الدين في الدين الذي ذكر المولف
انه معتبر عند اشهب في هذا الفصل وانه يمنع المسله من سببه قلت الشي عنه
المولف ايضا بما ذكرها من سلف جر منفعة الا ترى ان المشتري لو صالح البايع
هاهنا على ان دفع له تسعين دينارا او التزم له دفع عرض الى اجل لمنع ذلك
لدخول فسخ الدين في الدين لان البايع وجب له على المشتري عشرة بقية المايه
فسخها في عرض الى اجل وهذا ما قدمنا في الاعتذار له عن تركه بيان هذا
الوجه على اصل ابن القاسم وكذلك ايضا نبه المولف بما ذكره من وجوه هذه
المسله على ما لم يذكره من وجوهها فان اصل التقسيم فيها ان الصلح لا يخلوا
اما ان يكون قبل نقد الثمن او بعده وكل واحد من هذين القسمين لا يخلو الصلح
فيه اما ان يكون بعوض معجل او موجل ولا يخلو اما ان يكون البيع قد فات او
لم يفت ثم ذلك العوض اما ان قد يكون من البايع وقد يكون من المشتري وقد
يكون من كل واحد منهما فاستغنى المولف عن تتبع هذه الاقسام ورأى ان من
فهم ما ذكره منها امكنه معرفة الباقي وبيان احكام هذه الاقسام مما يتعلق
بالكلام على مسايل المدونه ففيها الشفا من ذلك زادها كل الكلام على الصلح
عن هذا العيب مع الانكار وذلك تكلم فيها على مسله الصلح عن طوق الذهب
فان قلت قد تكلم المولف هنا على مسله الطوق الا ترى قوله ويجوز الصلح على
ذهب بورق وبالعكس اذا كانا حالين وعجل قلت لا يحتمل ان يريد بكلامه هذا
مسله الطوق ولا شيا يدخل تحته مسله الطوق وانما مراده هنا ان من
ادعي على رجل ذهبا في الذمه واقر له بها جاز له ان يصالحه بورق وكذلك ان
ادعي عليه ورقا جاز له الصلح بذهب بشرطين او بشرط واحد مركب من جزين
احدهما ان يكون الذهب او الورق الذي ادعاها حاله لا موجله والثاني ان يعجل
ما يصالح به خاصة بتعجيله في الصرف الا ترى ان الحلول والاجل من عوارض ما في
الذمه ومسله الطوق انما هي ان رجلا باع طوق ذهب من رجل بدراهم ثم اطلع

المشتري

المشتري على عيب فيه فاراد ان يصالحه عن ذلك العيب بدنانير او بدراهم
من جنس ذلك الثمن او من غير جنسه فاين هذا من كلام المولف واما الشرطان
اللذان ذكرها المولف هنا فلا شك في اعتبار الثاني منهما وهو تعجيل ما وقع
به الصلح لان ذلك فضه عن ذهب وبالعكس وهو صرف واما الاول منهما
وهو كون المدعي فيه حالا لا موجلا فظاهر على مشهور المذهب من جواز
صرف ما في الذمه بشرط الحلول ويسقط اعتبار هذا الشرط على راي
القاضي اسماعيل ويمتنع المصالحه هنا بالذهب عن الورق وبالورق عن
الذهب على القول المحكي عن اشهب بمنع صرف ما في الذمه مطلقا ويجوز عند
الجميع بالعرض المقبوض في الحال وقوله ويجوز الصلح على دعوى الانكار
وعلى الافتداء من اليمين جايز حكمه ولا يحل للظالم منهما اختلف العلما
في جواز الصلح على الانكار فاجازه مالك وابو حنيفه ومنعه الشافعي
وابن ابي ليلي وبعض اهل المذهب وتمسك من اجازه بقوله تعالى لا خير
في كثير من نجواهم الا من امر بصدقة او معروف او اصلاح بين الناس
وبقوله تعالى والصلح خير وقياسا على المخالعه وعلى الشاهد الذي
شهد بعتق عبد فردت شهادته فيجوز له شرا ذلك العبد وان كان يعتق
عليه وقياسا على جواز الصلح على الانكار مع المتوسط فان المخالف
يجيز الصلح مع من توسط بين المدعي والمدعى عليه اذا كانت الدعوى
في دين وما يتعلق بالذمه بخلاف الاعيان عنده والمسله مشهوره في
علم الخلاف والنفس فيها اميل لمذهب الشافعي فان الماخوذ في صلح الانكار
ليس عن عوض حقيقي ولا هبه عن طيب نفس وفي كتاب الجهاد من المدونه
ما يقرب منه واما الصلح على الافتداء من اليمين فالمذهب جوازه ورايت
من المولفين من يحكي خلاف الشافعي فيه ومنهم من يحكي عنه الموافقه
ويجعل ذلك نقضا على الشافعي في الصلح على الانكار فان قلت ما معنى

قول المولف من يمين جايز حكمه وهلا انت الضمير من قوله حكمه فانه عايد
علي اليمين وهي موثنه قلت الاقرب انه اراد لجواز الحكم تقييد الصلح لا
تقييد اليمين فيكون حالا من فاعل يجوز ولهذا ينبغي ان يكون بضبط
قوله جايزا بالنصب اي يجوز الصلح علي الانكار وعلي الافتدا من اليمين
حال كونه جايزا في ظاهر الحكم فان اهل المذهب لما اجازوا الصلح عليها
لم يجيزوه علي اي صفه وقع وانما اجازوه بشرط ان يكون صحيحا في
ظاهر الحكم علي تفصيل وخلاف في بعض المسايل وذلك ان من ادعي علي
رجل دراهم وطعاما من بيع فاعترف له بالطعام وانكر الدراهم فصالحه
علي طعام موجل اكثر من طعامه او اعترف له بالدراهم وصالحه علي
دنانير موجله او دراهم اكثر من دراهمه فقال بعض الشيوخ انه لا يختلف
في فساده وفسخه قال وانما يختلف اذا كان توقع الفساد من جهة احدهما خاصه
كما لو ادعي عليه عشره دنانير فانكره فاصطلحا علي مايه درهم الي
اجل فان هذا ممنوع علي قول المدعي وحده والمدعي عليه لا مانع في حقه
لانه افتدا من يمين توجهت عليه بالدراهم الموجله فاذا وقع مثل هذه
الصوره فقال مالك واصحابه انها تفسخ وقال اصبغ يمضي واختلف المذهب
ايضا فيما ظاهره الفساد وهو صحيح علي اعتبار قول كل واحد من المصطلحين
فقال مطرف يمضي اذا وقع وقال عبد الملك يفسخ بالقرب ويمضي بالبعد كما
لو ادعي احدهما علي الاخر مايه درهم حاله فانكرها واصطلحا علي ان اخره
بها الي شهر مثلا او علي ان يدفع له خمسين عند حلول الشهر فالصلح صحيح
علي قول كل واحد منهما لان المدعي اخر صاحبه او اسقط عنه بعض حقه
واخره والمدعي عليه افتدي من اليمين بما التزم اداه وذلك جايز علي
المذهب لكن ظاهر الحال ان المدعي عليه اخر المدعي عليه لينتفع وذلك النفع
هو خوف قلب اليمين عليه او خوف ان يحلف له الاخر فيذهب ماله وعن

مالك انه لا يجوز واما قول المولف ولا يحل للظالم منهما فيريد ان الصلح علي
الانكار وان قلنا بجوازه فانما نقول بذلك في ظاهر الامر واما الباطن فيبقى
حكمه علي ما هو عليه كما ان حكم القاضي لا يغير الحكم في الباطن وقوله فلو
اقر بعد ذلك فله نقضه لانه مغلوب يعني فلو اصطلحا علي الانكار ثم
اقر المدعي عليه للمدعي بما كان انكر فللمدعي نقض ذلك الصلح بسبب انه كان
كالمجبور عليه وانه لم يكن باختياره ودل قوله فله نقضه علي ان له امضاه
وذلك نص عليه سحنون وضمان ما قبض كل واحد منهما من قابضه اما المدعي
عليه فظاهر لانه ظالم بانكاره فهو كالغاصب واما المدعي فلانه وان كان
مجبورا من وجه وذلك يقتضي ان المدعي فيه بيد المدعي عليه لكنه مختار في
قبض العوض وقد قبضه لحق نفسه فيضمنه وقوله فلو ثبت ببينه
لم يعلمها المدعي ففي المدونه له نقض الصلح وقيل ليس له نقضه وهي روايه
مطرف عن مالك فان قلت لاي شي نسب هذه المسله الي المدونه وهلا نسب معها
التي قبلها فان الاولي منهما مشبهه بالثانيه في المدونه قلت اما سبب نسبه هذه الي
المدونه فلا يظهر له هنا كبير معني سوي تسميه القايل واما ترك نسبه التي قبلها
الي المدونه فلانه لا يعلم فيها خلاف في المذهب والفرق بينها وبين التي قبلها
علي ما ذكره مطرف هو ما ذكره في الروايه ان المدعي عليه في الاولي مقر علي نفسه
بانه ظالم لمعرفه بانكاره وهو لم يزل علي جحوده في المسله الثانيه وايضا
فالمعاوضه الواقعه بينهما في الصلح لا تفسخ بالاحتمال لامكان ان يكون المدعي
اسقط القيام بالبينه علي تقدير ان تظهر بينه ولهذا قال في الروايه ولو
شا لتربص وقوي هذا بعض الشيوخ بان المذهب في المدعي عليه اذا حلف
ثم وجد المدعي بينه لم يعلم بها كان له القيام بها وقوله فان كان عالما بها
وصرح باسقاطها لم يقم بها اي كان عالما بالبينه وصرح باسقاط القيام بها
وكانت حاضره بطلت القيام بها هكذا قيد المسله بعضهم وقوله فان لم

بيوحي فقولان بخوجان من المستحلف مع علمه ببينته ٥ يعني فان يرج المدعي العالم ببينته بانه اسقط القيام ببينته وصالح المدعى عليه فيخرج في ذلك قولان من القولين المنصوصين في الذي يحلف غريمه مع وجود بينته علم بها حين الاحلاف هكذا خرج الخلاف بعض الشيوخ من مسلة الاستحلاف في مسلة الصلح وفرق بعضهم بما قدمناه الان عن بعضهم في تقويه قول مطرف فقال المعاوضه اعلى درجه في هذا وابعد من الاستحلاف خاصه لكون الاستحلاف ليس بمعاوضه وبعدد المستحلف بانه اعتقد الا يحلف وان حلف قام عليه بالبينه واشهره باليمين الكاذبه بحال ولا يتصور مثل في الصلح لانه عقد معاوضه وقولــه ولو كانت غايبه وشرط القيام بها فله القيام بها اتفاقا ٥ في بعض النسخ عوضا عن قوله غايبه بعيده وهو اسعد بالمنقول في المسله ولان القريبه في حكم الحاضره قال بعض الشيوخ ولا يختلف في اعمال هذا الشرط يعني والله سبحانه اعلم للضروره والا فقد قال ابن القاسم فيمن لرجل له عليه دين بشرط انه متى ادعي القضا لم يستحلفه واصطلحا على ذلك انه لا يلزم ذلك الشرط وكان له استحلاف الطالب وكانه قدر انه اشترط خلاف ما يوجبه الشرع وذكر في المذهب ان الخصمين اذا اصطلحا على اسقاط البينه او على ان المدعي عليه ان نكل عن اليمين غرم الحق من غير ان يرد اليمين على المدعي فان ذلك ماض وعارض بعض الشيوخ بين هذا وبين ما قاله ابن القاسم قبله ويمكن ان يقال ان التاخير على شرط اسقاط اليمين يول الى سلف جر منفعه فلا يلزم بل ولا يجوز ابتدا واما الصلح على اسقاط البينه ونحوها وقع على اسقاط حق ادمي بعد وجوبه وايضا فاسقاطه للبينه بعد علمه بها وبما تشهد به دليل على جلاله عند القيام بها في شهادتها واما الصلح على ان المدعى عليه يغرم ما نكل من غير رد لليمين فهو صلح موافق لمقتضى الشرع على راي الحنفيه وجماعه سواهم فلا يبعد امضاوه لغيره

ولفظ الكبير ... بعيد لا يتخاصمن لعدم ... الغايبة

من مسايل الخلاف اذا وقع واختلف المذهب اذا شرط من باع بثمن موجل انه مصدق في عدم قبض الثمن ما لم يقم المشتري ببينته هل يلزم الوفا بهذا الشرط اولا او يفرق بين الافاضل الذين تصعب عليهم الايمان وبين غيرهم قال هذا الشيخ الذي عارض بين المسايل التي ذكرناها الان باثر كلامه المتقدم وهذا انما يحسن النظر فيه اذا وقع الصلح على معاوضه واما اذا لم تكن معاوضه والتزم المدعى عليه ان لا يرد اليمين واسقط حقه في ردها فلا يختلف في جوازه لانه اسقاط حق على غير عوض وقولــه وان اشهد سرا فقولان ٥ يعني وان اشهد في السر ان هذا الصلح انما رضي به لبعد غيبة بينته فاذا حضرت قام بها فهل ينفعه هذا الشرط كما لو صرح به اولا ينفعه لان خصمه لو علم بما اشهد به لم يوافقه على هذا الصلح في ذلك قولان والثاني منهما اظهر قال ابن يونس واختلف فيمن يقر في السر وينكر في العلانيه فصالحه غريمه على ان يوخره سنه واشهد الطالب انه انما يصالحه لغيبة بينته فاذا قدمت قام بها فقيل ذلك له اذا علم ان كان يطلبه وينكره وقيل ليس ذلك له قال ولا يختلف فيمن صولح على الانكار ثم اقر وهذه ذكرها المولف مما بعد قال ابن يونس ولا فيمن صالح على الانكار وذكر ضياع صكه ثم وجده بعد الصلح ان له القيام في المسلتين قال مطرف ولو ان الذي ضاع صكه قال له غريمه حقك حق فات بالصك فامحه وخذ حقك فقال قد ضاع وانا اصالحك فيفعل ثم يجد ذكر الحق فلا رجوع له بخلاف الاول وقال اصبغ مثله قال سحنون فيمن له قبل رجل دين يجحده ويقر به سرا فقال له اخرني به سنه وانا اقر لك ففعل وصالحه على هذا ثم قام عليه فان كان اشهد سرا انما اوخره لانه يجحدني ولا اجد بينه فان وجدت قمت عليه فذلك له ان اشهد بذلك قبل الصلح وقد علمت البينه

الحوالة

انه كان يطالبه بذلك وهو يجحد بحر وقوله
نقل الدين الى ذمة تبرى بها الاولى • قال الجوهري احال عليه بدينه
والاسم الحوالة وقال في مكان اخر واحال عليه بالدين من الحوالة فقول
المولف نقل الدين كالجنس لهذا الرسم وقوله الى ذمة كالخاصة
ولفظ نقل يعطي انه من ذمة الى ذمة فكانه يقول نقل الدين من ذمة الى ذمة
لكنه حذف قوله من ذمة اختصارا واما قوله تبرا بها الاولى فزيادة
بيان لانه احد احكام الحوالة ومن توابعها فلا يوخذ في اجزا التعريف
وقال القاضي عبد الوهاب معنى الحوالة تحويل الحق من ذمة الى ذمة تبرا
بها الاولى ما لم يكن غرور او امر عيب للثانية ويشغل الثانية فاتى بلفظ
تحويل في الحقيقة العرفية على ما هو عليه في اللغة وقد قدمنا ان
ذلك احسن في التعريف اذا كانت الحقيقة اللغوية مشهورة بحيث لا يجهل
معناها اكثر الناس فان على هذا التقدير يكون التعريف بما هو اجلى
عند السامع ولا يكون النقل في جميع وجوه الحقيقة اللغوية بل في بعض
وجوهها فان النقل على خلاف الاصل وتقليل مخالفة الاصل اولى واتى
بلفظ الحق عوضا عن لفظ الدين لان المتبادر منها الى الذهن ما قابل المنافع
ولا تدخل المنافع تحت مسمى الدين الا بنوع من التكلف بخلاف لفظ الحق
فانها تعم المنافع وغيرها وزاد قوله تبرا بها الاولى الى اخره على جهة
البيان كما فعل المولف والمذهب على ما ذكر من الحوالة تبري ذمة المحال
وقال ذو فلا تبرا بها الحوالة كالحمالة وفي الصحيح عن ابي هريرة رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم ومن واذا اتبع احدكم على
ملي فليتبع واجمع العلما على جوازها من حيث الجملة وانما اختلفوا في
الزايد على الجواز وهل يندب رب الدين الى قبول الحوالة او يجب ذلك عليه
على ما يقوله المولف وقوله وله شروط منها رضى المحيل والمحال دون

المحال عليه • اي وللنقل شروط اربعة المحول منها ما ذكره هنا واما المحيل
فلا خلاف انه تعتبر رضاه ولا يلزمه ان يحيل بالدين الذي عليه واما
المحال وهو الذي له الدين فجمهور الفقها على اعتبار رضاه وقال اهل الظاهر
لا يعتبر رضاه وهذا الخلاف مبني على صيغة افعل من قوله صلى الله عليه وسلم
واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع هل هي للندب وهو مذهب الفقها او للوجوب
وهو مذهب اهل الظاهر والاصل ما قاله اهل الظاهر على ما تقرر في اصول
الفقه الا ان الفقها رأوا ان حمل هذه الصيغة المعينة على الوجوب يبطل
الذي نص صدر هذا الحديث على تحريمه بقوله مطل الغني ظلم وبيانه ان
رب الدين اذا وجب عليه ان يحتال على من احاله عليه غريمه فهذا المحال عليه
قد يجب ان يحيله على غريم اخر فيجب عليه ايضا الاحتيال ثم الكلام في
ثالث ورابع كالكلام فيما قبلها فاما ان يتسلسل واما ان يكثر وكل واحد
من الاحتمالين محظور لاستلزام الاول منهما بطلان الدين واستلزام
الثاني حصول الضرر ويمكن ان يقال ان المحال يلزمه قبول الحوالة ما لم
يكثر ذلك فيخرج صورة الضرر بالدلايل الدالة على نفي الضرر كقوله صلى
الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار الى غير ذلك من الادلة التي تصلح ان تخص
بها عموم حديث الحوالة واما المحال عليه فالمشهور انه لا يعتبر رضاه
وهو محكي عن الشافعي وابي حنيفة الا ان علما اشترط الا يكون المحال
عدوا للمحال عليه لما يخشى في هذه الحوالة من الضرر وحكى ابن شعبان انه
يعتبر رضى المحال عليه فلا تلزم الحوالة الا بمجموع رضاها والقول الاول
احسن ولا سيما على ما قاله مالك من اشتراط السلامة من العداوة واذا
قلنا بالقول المشهور فاختلف الاندلسيون من الموثقين هل يشترط فيها
حضور المحال عليه واقراره كما يشترط في بيع الدين بالدين ولعل هذا
الخلاف مبني على الخلاف الذي بين الشيوخ هل الحوالة مستثنى من بيع

الدين بالدين او هي اصل مستقل بنفسه فعلى الاول يسلك بها مسلك
البيوع الا القدر الذي وردت الرخصة فيه وعلى الثاني لا يشترط الحضور
ويعم حديث الحوالة على عمومه اذ لا معارض له من مخالفة اصل بيع الدين
بالدين وقوله ومنها ان يكون على المحال عليه دين للمحيل ۝ اهل المذهب
يقولون ان حقيقة الحوالة مقتضية لان تكون على اصل دين لانها نقل الدين
من ذمة الى ذمة فلا بد ان تكون الذمة المنقول اليها الدين مشغولة بدين
كالذمة المنقول عنها الدين قال الباجي واما اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه شي
فهي حمالة عند جميع اصحابنا كانت بلفظ الحوالة او الحمالة الا ما حكاه ابن الماجشون
انها اذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة والا فهي حمالة وشذ بعض اصحاب
الشافعي فراى انها حوالة باطلة وانها كالا تصح عنده حوالة فلا تصح حمالة
فاذا بنينا على مشهور المذهب فقال المؤلف فلو احاله رجع الا ان يعلم انه لا
شي له ويشترط البراءة فلا رجوع له ۝ يعني فلو احاله على من لا شي له في ذمته
فانه يرجع المحال على المحيل الا ان يعلم المحيل المحال انه لا شي له على المحال
عليه ويشترط انه بري من الدين بهذه الحوالة ويقع في بعض النسخ بأثر
قوله فلا رجوع له وبانقضه على القولين وليست هذه الزيادة بصحيحة اما
اولا فلانه لم يتقدم للمؤلف في المسألة نقل خلاف واما ثانيا فلان هذه الزيادة
تشعر بان المسألة متفق على حكمها والخلاف مشهور في المسألة قال ابن زرقون
يتحصل فيها خمسة اقوال احدها قول ابن القاسم في المدونة لا رجوع له على
المحيل والثاني قول ابن وهب في المدونة لا رجوع له الا في الفلس والموت
والثالث رواية مطرف انه بالخيار وهي مثل رواية عيسى عن ابن القاسم
والرابع قول اشهب وابن الماجشون الشرط باطل وهي حمالة لا يطالب الا في
غيبة المحيل او عدمه والخامس قول مالك وابن القاسم ان الشرط لا ينفعه
الا في ذي سلطان والبي القضا هذا اذا شرط البراءة ولو لم يشترطها

ولكنه اشترط

ولكنه اشترط انه يتبع ايهما شاء ففيها ثلاثة اقوال فقال ابن القاسم له
شرطه وقال ايضا لا ينفعه شرطه الا لمعنى مثل ان يكون الغريم ذا سلطان
او سيي القضا وقال مالك في رواية اشهب وهو قول اشهب ايضا وابن الماجشون
الشرط باطل وهي حمالة لا يطالبه الا في غيبة الغريم او عدمه واما اذا
قلنا بالمشهور في اصل المسألة حيث لا شرط فقال الشيخ ابو اسحاق التونسي
وقع في المدونة لفظان ظاهره جعل ذلك حمالة يبدا بالذي عليه الدين ويبدا
بالمحيل وفي العتبية من سماع ابن القاسم انه يتبع ايهما شاء والاضطراب
في هذه المسألة كبير مع اختلاف طرق الشيوخ في حصره والاقرب براءة
المحيل حيث قال لا يشترط والاحرى اذا شرط البراءة وكذلك الاقرب
اعمال شرط الخيار لان هذه الشروط لا ترفع مقتضى حكم منصوص عليه
من صاحب الشريعة وحيث لا شرط فيتبع مقتضى حقيقة الحوالة
ومقتضاها ابرا ذمة المحيل وكون ذلك مشروطا بان يكون على
المحال عليه دين لم يثبت من الشريعة ثبوتا ظاهرا حتى تكون
مخالفته مستلزمة لرفع مقتضى النص وقوله ومنها ان يكون الدين
حالا ۝ يعني ان يكون المحال به لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم مطل
الغني ظلم فان المطل انما يكون بالحال او بالمؤجل الذي حل قال غير واحد
ولانه يمكن ان يكون المحال انما رضي بالتحول عن دين لم يستحق قبضه الى
ذمة اخرى خوفا من ذمة الذي عليه دينه ان يفلس او يعيب فوجب المنع
وسوا في هذا الوجه حل الدين المحال عليه او لم يحل وقوله ولا
يشترط حلوله على المحال عليه الا ابن القاسم اشترطه في نجوم الكتابة
۝ يعني ان شرط الحلول لا يتعدى الى الدين المحال عليه وانما هو مقصور
على الدين المحال به لكن ذكر ان ابن القاسم اشترط حلول الدين المحال
عليه في الكتابة ويحتمل ان يريد ان ابن القاسم شرط حلول الدين المحال

الدين المحال عليه في الكتابه به والمحال عليه جميعا ويكون الضمير
المنصوب من قوله اشترطه عايدا علي مطلق الدين الذي هو قدر
مشترك بين الدين المحال به والمحال عليه وتخصيصه نسبه ذلك
الي ابن القاسم يدل على انه لم ار على ان ابن القاسم لم يوافق عليه وان
غيره لم يشترط ذلك وانما قلنا ان كلام المولف يحتمل الوجه الثاني
وهو عود الضمير علي مجموع الدينين لانه يتبع ابن شاس في انقاله
كثيرا ولا يخالفه الا في النادر وقد حكي ابن شاس الخلاف بين ابن
القاسم وغيره في اشتراط حلول الدين المحال به والدين المحال عليه
الا ان الذي في المدونه فقط الخلاف علي اشتراط حلول الكتابه المحال
بها خاصه ونصه قال ابن القاسم ولا تجوز حماله بكتابه واما الحواله
فان احالك علي من لا دين له قبله لم تجز لانها حماله وان كان له عليه دين
قد حل او لم يحل جازت الحواله ان كانت الكتابه قد حلت ويعتق مكانه
وذلك ان حل عليه نجم فلا باس ان يحيلك علي من له عليه دين حل
او لم يحل ويبرا المكاتب من ذلك النجم وان كان اخر نجومه كان حرا
مكانه وان لم يحل النجم لم يجز ان يحيلك به علي من له عليه دين قال
لان هذه ذمه بذمه وربا بين السيد وبين مكاتبه وذلك ان لم تحل
الكتابه لم تجز الحواله بها وان حل الدين لانه فسخ الدين في دين لم يحل
في دين حل او لم يحل وقال غيره تجوز الحواله ويعتق مكانه لان ما
علي المكاتب ليس بدين ثابت وكانه عجل عتقه علي دراهم نقدا او موجلا

عتقه

والكتابه دنانير لم تحل وكمن قال لعبده ان جيتني بالف درهم فانت
حر ثم قال له ان جيتني بخمسمايه درهم او بعشره دنانير فانت
حر فان جا بها كان حرا ولم يكن بيع فضه بذهب ولا فسخا لدين في
اقل منه وكان لم يكن قبله الا ما الذي وقال ابن القاسم ذلك لا ينبغي

لان ملكا

لان ملكا له للسيد بيع الكتابه من اجنبي بعرض او غيره الي اجل وسع
في هذا بين السيد وبين مكاتبه فلما كان ذلك كذلك بين السيد والاجنبي
من قبل انه دين بدين كرهنا الحواله ايضا اذا لم تحل الكتابه لانه دين
بدين فانت ترى كيف الخلاف بين ابن القاسم وغيره انما هو في اشتراط
حلول الدين المحال به لا الدين المحال عليه فاين هذا مما ذكره المولف وابن
شاس وانما انكرنا علي المولف وابن شاس ذكرها الخلاف في شرطيه
حلول الكتابه المحال عليها بعد طول البحث عنه في مظانه ولم نجده مع
الاستعانه في ذلك بمن يظن حفظه واخذ سحنون بقول غير ابن القاسم
وذلك رجحه غير واحد من المتاخرين وفرق بعضهم بين محل النزاع
وبين ما قاس عليه ابن القاسم بان الحواله عقد بين السيد وبين مكاتبه
لانه اسقط عنه ما كاتبه عليه واخذ عوضا عنه في ذمه الاجنبي فلم
يقع بين السيد بين الاجنبي معاوضه واما بيع الكتابه من اجنبي فهي
معامله بين السيد وبين الاجنبي لا بين السيد وبين مكاتبه وقال
بعض الشيوخ ان محل النزاع بين ابن القاسم وبين غيره انما هو اذا
سكتا عن شرط تعجيل العتق عن بقا المكاتب علي كتابته فعند ابن القاسم
يفسخ ما لم يفت بالادا وعند غيره يحكم بتعجيل العتق ولا اختلاف
عنده في الجواز لو شرط تعجيل العتق كما انهما لا يختلفان في المنع اذا
شرط عدم العتق قال في المدونه وان احال مكاتب بالكتابه علي
مكاتب له وله عليه مقدار ما علي الاعلي فلا يجوز ذلك الا علي ان تبت
ان عتق الاعلي فيجوز ثم ان عجز الاسفل كان لك رقا ولا ترجع علي
المكاتب الاعلي بشي لان الحواله كالبيع وقد تمت حريته وتعقب بعض
الشيوخ اشتراطه في المدونه في جواز هذه الحواله ان يكون علي بت
عتق المكاتب الاعلي وراي ان لفظ الحواله كاف في ذلك لانها تستلزم

براه ذمه المحيل واذا برئت ذمته وهو هاهنا المحال وجب ان يخرج حرا
بنفس عقد الحواله والذي قاله ظاهر وان كان بعضهم حاول في ذلك جوابا
ليس بظاهر وقوله ومنها ان يكونا متجانسين لا يفتقر الى الرضي
لو اعطيه يجوز بالاعلى عن الادني على الادني يعني ان من شروط صحه
الحواله ان يكون الدين المحال به والدين المحال عليه متفقين في الجنس لسلما
من فسخ الدين في الدين واما قوله لا يفتقر الى الرضي لو اعطيه فهو وان
كان ظاهره اشتراط الموافقه في الصفه والمقدار فان ذلك هو الذي لا
يفتقر فيه الى رضي الاخذ ويجبر على قبوله لكن قوله بانه يجوز بالاعلى
على الادني يدل على انه اراد السلامه من السلف بالزياده وهو اعطا
الادني واخذ الجيد كمن احال بدراهم فضتها ادني على دراهم فضتها
اجود وذلك في الثياب وشبهها واما لو كان الامر على العكس فلا مانع
كما لو احال بدراهم جيده على رديه وذلك في الثياب والكلام في الكثره
والقله قريب من الكلام في الجوده والرداه ولذلك استغنى المولف
بالجوده والرداه عن ذكر القله والكثره وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل
فانما ذلك اذا لم يقع التقابض في الحال ولو قبض المحال من المحال عليه
عاجلا لجاز قال في كتاب ابن المواز اذا اختلفا في الصنف او في الجوده
والصنف واحد وهما طعاما او عين او عرض كانا او احدهما من بيع او
قرض فلا تصلح الحواله فيه وان حلا قال ابن المواز الا ان يقبضه
قبل ان يفترقا فيجوز الا في الطعام من بيع فلا يصلح ان يقبضه الا
صاحبه قال وكذلك ان كان احدهما ذهبا والاخر ورقا فلا يحيله به
وان حلا الا ان يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاثه وقبل طول المجلس
واما الطعامان فان كانا من قرض جازت الحواله كما تجوز في العرضين
المتفقي الجنس وان كانا من بيع ولم تتفق رووس الاموال منعت الحواله

وان اتفقت

وان اتفقت رووس الاموال واتفق الطعامان منع ابن القاسم واجاز اشهب
تشبيها بالتوليه وان كان احد الطعامين من بيع والاخر من قرض جازت
الحواله عند ابن القاسم بشرط حلول الطعامين معا وحكى ابن حبيب
عن مالك واصحابه الا ابن القاسم جواز الحواله بشرط حلول المحال به خاصه
وبقيت هنا فروع حقها ان تذكر في فصل بيع الطعام قبل قبضه وقوله
فلو افلس او جحد فعلى المحال الا ان يكون المحيل عالما بالافلاس دونه
يعني فلو تبين بعد تمام الحواله ان المحال عليه كان مفلسا حين الحواله
او جحد اصل الدين الذي وقعت الحواله عليه لم يكن للمحال رجوع على
المحيل وكانت المصيبه من المحال عليه الا انه ان كان المحيل عالما حين
الحواله بان المحال عليه مفلس وغر المحال من ذلك فان للمحال ابطال
الحواله والرجوع على المحيل والذي قاله المولف في المفلس هو المذهب
صحيح واما الجحود فقال المازري لا اعرف لمالك في ذلك نصا لكن اشار
في تعليل المذهب الى مثل ما قال المولف وقال بعض الشيوخ ان ذلك لا
يوجب الرجوع على المحيل لان المحال فرط اذ لم يشهد على المحال عليه
وكانه لما قبل الحواله بريت ذمه المحيل وفرط في الاشهاد فصار كالتلف
كالمتلف لماله بعد القبض واشار الى انه لو كان المحال عليه غايبا فلما
حضر جحد الدين لكان للمحال عليه الرجوع على المحيل لانه لم يكن مفرطا
في ترك الاشهاد هذا تحصيل ما في المذهب في هذه المسله وقال الشافعي
بمثل قول مالك الا انه لم يجعل للمحال رجوعا مطلقا ولو كان المحيل قد علم
فقر المحال عليه فكتم ذلك ودلس عليه وغره حتى قبل الحواله وذهب
ابو حنيفه الى ان المحال لا يرجع على المحيل الا في وجهين احدهما ان يموت
المحال عليه وهو مفلس لم يترك شيا والثاني ان يجحد الدين ويحلف عليه
ففي هذين الوجهين يرجع المحال على المحيل خاصه واختلف اصحابه في نقل

الوجه الثاني منهما عنه وذهب ابو يوسف ومحمد بن الحسن الى مثل ما قاله ابو حنيفة
وزيادة وجه ثالث وهو ان يفلس المحال عليه وهو حي محجر عليه وقد
تمسك من قال بان الحوالة لا تبطل بفلس المحال عليه بقوله صلى الله عليه وسلم
واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وظاهره انه يتبعه على كل حال اذا
رضي باتباعه اعني ان فلسه او موته لا يوجب للمحال رجوعا ومن جعل له
الرجوع قال ظاهر قوله واذا اتبع احدكم على ملي انما طلب الاتباع مع
الملا فاذا وقع الفلس سقط الاتباع ووجب الرجوع على المحيل واجاب
الاولون بانه لو كان الفلس يرفع الاتباع ويوجب الرجوع على المحيل
لم يكن للتقييد بالملا فايدة ولقال واذا اتبع احدكم على احد فليتبع
لانه ان كان مليا اخذ حقه والا رجع على المحيل وانما فايدة
التقييد بالملا ان يحتاط المحال لنفسه خشية حتى لا يقبل الحوالة الا على
ملي فان حدث فلس لم يرجع على المحيل واجاب الاخرون بانه تظهر للتقييد
بالملا فايدة اخرى وهي ان ظهور الفلس او طروه يوجب تاخر الحق فارشد
المحال ليتوثق لنفسه خشية من ذلك التاخير والقرينتين طرق معنوية
والمسالة مذكورة في الخلاف وقد ذكرنا خلافا بين اهل التوثيق في
اشتراط حضور المحال عليه حين الحوالة واقراره بان الدين في ذمته هكذا
رايت الخلاف بينهم في عقد الوثايق ولم ارهم يتعرضون في فقههم
الى هذا الشرط وحكى غير واحد من الشيوخ الموثوق بنقلهم عن مالك
انه لا يلزم المحال الكشف عن ذمة المحال عليه هل هو غني او فقير بخلاف
شرا دين قد استقر في الذمة فانه لا يجوز الا بشروطه المذكورة في
محلها قال بعضهم والفرق ان الحوالة طريقها المعروف بخلاف البيع فان
مبناه على المكايسة ورفع الغرر من كل الوجوه ما امكن واغتفر غير
واحدها قاله المولف وهو المذهب من ان علم المحيل بافلاس المحال عليه

يوجب

يوجب للمحال الرجوع الى ذمة المحيل ان كان غره والمذهب ايضا ونص
عليه في كتاب المساقاة من المدونة ان من باع سلعة بثمن الى اجل والمشتري
مفلس ولم يعلم البايع بذلك فقد لزمه البيع ولا مقال له وفرق بين
المسالتين بفروق اشبهها ان الحوالة بيع ذمة بذمة وفلس الذمة
عيب فيها فوجب ان يكون الخيار للمحال بسبب ظهوره على ذلك العيب والعوض
في المسالة المذكورة انما هو الدين لا الذمة وهو ضعيف من وجهين
احدهما انه لا معنى لكون الذمة هي العوض في الحوالة الا ان الدين تعلق
بها وهذا مثله في مسالة المدونة قطعا الثاني سلمنا ان فلس الذمة عيب
في الحوالة لكن العيوب لا يشترط في القيام بها علم البايع وتدليسه بل المبتاع
اطلع على العيب القيام به سوا كان البايع عالما به اولا فان جهل امر
المحيل هل كان حين الحوالة عالما بفلس المحال عليه او جاهلا به فقال مالك
ينظر في ذلك فان كان يتهم احلف قال الباجي اي ان كان ممن يظن به انه
يرضى بمثل هذا احلف وقوله ولو احال البايع على المشتري بالثمن
ثم ردت بعيب او استحقت انفسخت الحوالة عند اشهب واختاره الايمة ومضت
عند ابن القاسم ويرجع المشتري على بايعه بناء على انها كالمعروف او كالبيع
يعني فلو باع رجل سلعة من رجل ولم يقبض ثمنها من المشتري حتى
احال عليه رجلا اخر فاستحقت السلعة التي احال على ثمنها او اطلع
المشتري على عيب بها فاختلف المذهب على قولين احدهما ان الحوالة
منفسخة وهو قول اشهب وقال ابن المواز وهو قول اكثر اصحاب مالك
وهو ايضا اختيار ابن المواز واكثر المتاخرين وقال ابن القاسم
الحوالة باقية على ما كانت عليه وهو المنقول عن مالك واما قول المولف
ويرجع المشتري على بايعه فمن تمام قول ابن القاسم وتنبيه على
كيفية التفريع ومعناه انا اذا قلنا بقول ابن القاسم فان المحال عليه

يرجع المحال بجميع الثمن ولو كان استحقاق السلعه قبل دفع الثمن ولا يرجع
المحال عليه بالثمن الا على البايع وحده واما على قول اشهب فيرجع المحال
عليه على المحال فياخذ منه ما دفع له وقوله بنا على انها كالمعروف او كالبيع
يعني به ان قول اشهب مبني على ان الحواله كالمعروف والصدقه فينتقض
لانتقاض ما بنيت عليه او هي كالبيع فيتم الامر على ما ابتدي فيها كما قال
ابن القاسم وغيره فيمن باع عبدا بمايه دينار مثلا ثم اخذ بالمايه ثوبا
من المشتري ثم استحق العبد فان البيع في الثوب لا يبطل وان بطل ما انبنى
عليه وهو بيع العبد فكذلك الحواله اذا قدر انها بيع ومنهم من انكر هذا
التشبيه وقال حق المشتري للعبد اذا استحق من يده ان يرجع بثمن العبد
وليس الثوب ثمنا للعبد حتى يرجع فيه ولا الذمه ايضا بثمن العبد
وانما هي محل للثمن وانما ثمن العبد دنانير في الذمه فاذا بطل البيع باستحقاق
العبد وبطل الثمن صار كمن اشترى ثوبا بدنانير فاستحقت الدنانير من
يده فلا يبطل البيع باستحقاق تلك الدنانير ولعل راي بعضهم توجيه هذا
الاعتراض بني قول ابن القاسم على التشبيه بالبيع لكن من وجه اخر
وهو ان العبد لو بيع بدنانير ثم اشترى رجل تلك الدنانير من بايع العبد
بما يجوز له ان يشتريها به ثم استحق العبد فان الثمن لا يبطل بل يلزم
مشتري العبد ان يدفعه لمشتريه من البايع ويرجع هو على بايع
العبد منه قال وهذا لم يختلف فيه ابن القاسم واشهب هذا بسط ما
اشار اليه المولف من سبب الخلاف ولهم طرق اخر في سبب الخلاف تركناها
خشيه الاطاله وقد تقدم ان ابن المواز اختار قول اشهب واحتج ايضا
لصحته بان اصحاب مالك اتفقوا على ان المفلس اذا بيع ربعه وعروضه
في دين واخذ غرماوه ثمنها ثم استحق المبيع كان من حق من اشترى مال المفلس
ان يطلب ما دفع من اثمان المبيع واستردادها من ايدي الغرما ورد

المازري

المازري هذا التشبيه بان الغرما في هذه المساله كانهم هم الذين باعوا
لانفسهم وقبضوا ثمن ما باعوه فعليهم ان يردوه اذا استحق المبيع ومسله
الحواله حصلت فيها يد ثالثه وهي يد المحال فصار ذلك اهون في الاثمان وقد
وقعت في المذهب مسله اضطرب النقل فيها اشار بعضهم الى اجرا بعض
ما فيها من الخلاف في مسله الحواله وذلك ان اصبغ وابا زيد رويا عن ابن
القاسم في العتبيه فيمن باع عبدا بمايه ثم تصدق بها على رجل واحاله
بها واشهد له بذلك ثم استحق العبد او رد بعيب انه ان كان قبض
المتصدق عليه الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشي ويرجع المشتري
على البايع كما لو قبضها المتصدق ثم تصدق بها ولو لم تفت بيد
المعطى اخذها منه المشتري ولا شي للمعطي قال ابن رزقون هكذا نقلها
ابو محمد في نوادره وهو وهم والذي في سماع اصبغ وابي زيد عن ابن
القاسم في العتبيه انها تفوت بمجرد القبض فاذا قبضها الموهوب له
لم يتبع بها الا الواهب بمنزله ما لو قبضها الواهب ثم تصدق بها وقال
ابن القاسم في الموازيه مثل ما حكى ابو محمد عن العتبيه وروى عيسى عن
ابن القاسم في المدنيه ان نفس الهبه فوت ويلزم المبتاع ان يدفعه
الى المتصدق عليه او الموهوب اذا كان قد جمع بينهما فاقر له به
ويرجع بالثمن على الواهب وهو قول بعض الرواه في المدونه في النكاح
الثاني في المراه تهب صداقها لرجل ثم تطلق قبل الدخول انه يلزمه
ان يدفع جميعه الى الموهوب ويرجع بنصفه على المراه قال وياتي على
ما حكى محمد عن ابن القاسم في المراه تاخذ صداقها فتتصدق به وتطلق
قبل الدخول انه يرجع عليها بنصف الصداق وترجع هي به على المتصدق
عليه لانها تصدقت عليه بما لم يصح لها ملكه الا بعد ذلك وهو مسله
الحواله الحال وان قبضه الموهوب له واستهلكه لانه وهب ما لم يملك

قال وتجري فيها قول خامس انه ان كان البايع الواهب عديما كان للمشتري ان يمسك الثمن ان كان لم يدفعه وان كان مليا لزمه ان يدفعه الى الموهوب له ويتبع به الواهب وهو قول ابن القاسم في المدونه في مسله هذه الصداق المذكوره قلت ولا شك ان هذه المسله تشبها بمسله الحواله على طريق من بني مذهب اشهب فيها على المعروف واما ابن القاسم فلا لان قوله مبني على الحواله كالبيع والله سبحانه اعلم والضمير الموفوع المستتر من قول المولف رد يجيب او استحق عايد على المبيع والضمير من قوله واختاره راجع الى قول اشهب قوله واذا جرى لفظ الحواله وتنادعا فقال المحيل وكالة او سلف لم يقبل على الاصح ه يعني اذا جرى لفظ الحواله بين رجلين فقال له مثلا قد احلتك على فلان بكذا فقبضه المحال ثم قال المحيل لم احلك لتقبضه من دين لك علي وانما اردت توكيلا على القبض من غريمي وقال المحال بل قبضته من دين لي عليك او قال المحيل اسلفتك ما احلتك به وقال المحال بل قبضته من الدين الذي كان لي عليك ففي هاتين المسلتين قولان اصحهما ان القول قول المحال لانه المتبادر الى الفهم من لفظ الحواله والقول الثاني ان القول قول المحيل لانه اعلم بمراده وتبع المولف لابن شاس في نقل هذين القولين هكذا الا ان ابن شاس ذكر بانهما الروايتين اللتين خرج منهما بعضهم القولين ونازعه بعض الشيوخ في صحه هذا التخريج وذلك ان ابن الماجشون قال في المبسوط فيمن تحول بدين له على رجل فقال المحيل ادفعه الي لانما وكلتك على قبضه وتسليمه الي وقال المحال بل كنت استحقه عليك دينا من قبل الحواله انه مدعي الحواله اذا ادعى من ذلك ما يشبه صدق والا كان القول قول المحيل انك وكيل لي على القبض وقال ابن القاسم في العتبيه فيمن احال رجلا بدين له على اخر فقال المحيل انما احلتك

علي دين لي ليكون ذلك سلفا عندك وترده الي وقال القابض ما احلتني الا عوضا عن دين كان لي عليك ان القول قول المحيل ان هذه الحواله كانت على غير دين يستحقه المحال فخرج بعض الشيوخ الخلاف في المسله التي ذكرها المولف من قولي ابن الماجشون وابن القاسم في هذين الفرعين وقال المازري فيما اخذه من قول ابن القاسم نظر وذلك ان قول المحيل انما قبضته ليكون سلفا لي عليك يشبه الحواله على الديون لانه لما التزم له ان يسلفه مايه دينار صار ذلك الدين عليه لمن ساله في السلف فصارت الحواله هاهنا بدين على دين فلما كانت دعوى المحيل هاهنا لا تخرج عن حقيقه الحواله صارت كان دعواهما فيما يختص بالحواله متفقه والنزاع بينهما انما هو في شي اخر هذا ما فهمت من كلامه وهو حسن نظر في المسله وما تنبني والطال في ذلك على عادته رحمه في تكثير الفوايد وقال في اخر كلامه واذا تقرر هذا فان قضى القاضي بان القول قول المحيل المحال الذي قبض ما استحقه فلا تفريع وان حكم بان القول قول المحيل هذا مما اختلف فيه العلما فمنهم من قال اذا رفع امره الى القاضي لم يحكم له على المحيل بشي لانه قد اعترف للمحيل ببراءه ذمته بالحواله ولا مطالبه له عليه فليس له ان يطلب ذمه هو معترف ببراءتها ولا يصح ان يحكم له القاضي بما يعترف ان الحكم به باطل ومنهم من ذهب الى انه يحكم له القاضي لان الذي حكم به القاضي من تصديق المحيل في انه وكل وكاله على القبض لا يقتضي سقوط دعوى المحال قال وهذا القول انما يتصور عندي لو كان المحيل معترفا بدين المحال ولكن المنازعه انما وقعت في المقبوض هذا عمده ما وقع في المذهب في هذه المسله وقال اهل المذهب في رجل تحول بدين له على ذمه رجل اخر ثم ات المحال عليه فقال المحال احلتني على غير اصل دين فارجع عليك وقال المحيل بل احلتك

علي دين لي فالقول قول المحيل وقال ابن القاسم في العتبيه في المطلوب يدفع
بالطالب الي غريم له فيامره بالاخذ منه ويامر الاخر بالدفع اليه
فيتقاضاه فيقبض منه البعض ولا يعطيه شيا ان للطالب ان يرجع علي
الاول لانه يقول ليس هذا احتيالا بالحق وانما اردت ان اكفيك التقاضي
وانما وجه الحوالة ان يقول احيلك بحقك علي هذا وابرا اليك منه

وقوله الضمان شغل ذمه اخري
بالحق اما ما يتعلق بلفظ الضمان فسياتي الكلام عليه ان شا الله تعالي
حيث تكلم عليه المولف واما الحقيقه العرفيه فعبر بها المولف وهو
تفسير القاضي عبد الوهاب بانها شغل ذمه اخري بالحق وهو ظاهر
التصور فان قلت ان هذا التفسير ليس بجامع لخروج ضمان الوجه منه
وذلك ضمان الطلب قلت اما ضمان الوجه فلا نسلم خروجه فانه
تعمر بسببه ذمه اخري علي المشهور من مذهبنا واما علي الشاذ فيقرب
من حاله الطالب ولكن اطلاق لفظ الضمان عليهما ليس بحقيقه عرفا
وانما هو مجاز عرفي لحصول المشابهه بينه وبين الحقيقه فاخراجه من
هذا الرسم مقصود ولو اتي بلفظ يدل عليه لكان الرسم غير مانع
واورد عليه انه لا يعم جميع صور الضمان لانه كما يكون شغل ذمه
اخري فكذلك يكون شغل ذمتين وثلاث واكثر فلو قال شغل ذمه
اخري فاكثر لكان جامعا واورد عليه ايضا انه غير مانع فان من
باع رجلا بدين ثم باع من اخر بدين فقد صدق انه شغل ذمه اخري
بالحق واجيب بان الالف واللام في قوله بالحق للعهد ومراده بالحق الاول
ولا يقال ان الالف واللام هي للعهد وكذلك تكون لغير العهد وادخال
اللفظ المشترك في الرسوم لا يصح لان الصحيح جواز ادخال اللفظ
المشترك والمجاز بشرط القرينه ولان المتبادر للذهن هنا كون الالف

والام

واللام للعهد فان قلت لفظ الحق هنا قابل للحقوق البدنيه والماليه وذلك
يتجنب في التعريف لاجماله قلت لا نسلم انه هنا مجمل فان الحقوق البدنيه
خرجت بقوله شغل ذمه اخري الا تري ان الذمم لا تشغل بالحقوق البدنيه
وانما تشغل بالحقوق الماليه هذا اشبه ما اورد عليه وتركنا اسوله
هي اضعف مما ذكرنا ولا خلاف في جواز الحماله من حيث الحماله وانما اختلف
هل تبري ذمه الغريم بنفس الحماله او لا تبري وتكون كل واحده من ذمتي
الغريم والضامن مشغوله بالحق وهذا هو مذهب اكثر الفقها
وذهب ابن ابي ليلي وابن شبرمه وابو ثور الي ان الحماله تبري ذمه
الغريم قال ابو ثور ولا يجوز ان يكون مال واحد علي اثنين قالوا اشار
الي انه كما يمتنع حلول الجسم في مكانين وحلول العرض في محلين فكذلك
يمتنع شغل ذمتين بحق واحد وقال ابن ابي ليلي ان كان رجلان كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه كان للطالب ان ياخذ ايهما شا وليس هذا برجوع
منه عن قوله ولكنه والله سبحانه اعلم مثل ما قال ابن شبرمه ايهما اختار
اخذه بري الاخر لكن قال ابن شبرمه الا ان يشترط ان ياخذهما جميعا
ان شا وان شا شي وروي عنه انه ليس له ان ياخذهما باصل المال وانما
له ان ياخذ بما تكفل به هذا محصول من حيث المعقول مع التفريع علي
قول بعضهم واحتجوا ايضا بما في البخاري عن سلمه ابن الاكوع قال كنا
جلوسا عند النبي صلى الله عليه وسلم اذ اتي بجنازه قالوا صل عليها
فقال هل عليه دين قالوا لا قال فهل ترك شيا قالوا لا فصلي عليه ثم اتي
بجنازه اخري فقالوا اخري فقالوا يا رسول الله صل عليها فقال هل عليه دين
قيل نعم قال فهل ترك شيا قالوا ثلاثه دنانير فصلي عليها ثم اتي بالثالثه
فقالوا صل عليها قال هل ترك شيا قالوا لا قال هل عليه دين قالوا ثلاثه
دنانير قال صلوا علي صاحبكم قال ابو قتاده صل عليه يا رسول الله وعلي دينه

وصلي عليه قالوا فلولا ان ذمه الميت بريت من الدين والا لما صلي عليه
واجيب عن استدلالهم الاول بان الذمه امر اضافي لا وجود له في الخارج فلذلك
صحت اضافه الدين الي ذمتين فاكثر وعن استدلالهم بالحديث بان الاسلام
ان ذمه الميت بريت بضمان ابي قتاده قبل ادا الدين وانما هو بين بذلك الضمان
كما لو ترك ما لا يمكن منه القضا وذكر ابن ابي ليلي بشبيه هذا الحديث
من طريق عبد الله ابن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله قال فيه فتحملها
ابو قتاده فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم حق الغريم عليك وبري
منها الميت قال نعم يا رسول الله فصلي عليه فلما كان من الغد قال عليه
السلام لابي قتاده وما فعل الدينار ان قال يا رسول انما دفناه امس ثم
اتاه بعد غد فقال ما فعل الدينار ان قال قضيتهما يا رسول الله قال
الان بردت عليه جلدته وحديث جابر هذا الجاد به الفريقان لمن راى ان
الحاله تبري ذمه الغريم تمسك بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم حق الغريم
عليك وبري منها الميت والاخرون قالوا تعرضه لشرط البراءه دليل علي ان
الحاله المطلقه لا تبري ذمه الغريم وايضا فقوله الان بردت عليه جلدته
دليل علي ما قلناه ۝ قوله اركانه هي خمسه ان عدت الصيغه والا فهي
اربعه والاقرب ان الصيغه دليل علي الماهيه التي الاركان اجزاوها
والاجزا غير دليل الاجزا ۝ قوله المضمون عنه ۝ هذا الخصه العرما
الفقها باسم الغريم وان كان لفظ الغريم ينطلق علي هذا وعلي الطالب
ولكنهم قصروا لفظ الغريم ليفرقوا بينهما في المواضع
التي يخشى اللبس فيها ۝ قوله ولا يشترط رضاه اذ تجوز ان يودي
بغير اذنه ۝ يعني انه لا يشترط في صحه الحماله رضى من عليه الدين
لما ذكرناه الان من حديث سلمه ابن الاكوع وحديث جابر فانها حماله
عن الميت وحصول الرضي منه محال واستدل المولف علي ذلك بقوله

اذ تجوز ان يودي بغير اذنه وهو دليل ظاهر ۝ وقوله اما لو كان بغير
اذنه مضارا لعداوه وشبهها فلا يمكن منه ۝ يعني ان من ادى عن رجل
دينا عليه لاخر بغير امره كان ان يرجع عليه فياخذ مثل ما ودى عنه
وهذا اذا كان قصده بالادا ابرا ذمه الغريم او التسهيل علي الطالب
ولم يقصد اعنات الغريم واضراره فان قصد ذلك لم يمكن منه ابتدا
وان لم يعثر عليه الا بعد ادا الدين لم يمكن الدافع من طلب الغريم
اذا ثبتت العداوه بينهما قال في كتاب المديان ومن ادى عن رجل دينا
عليه بغير امره او دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك ان فعله رفقا
بالمطلوب واما ان اراد الضرر بطلبه واعناته او اراد سجنه لعدمه
لعداوه بينه وبينه منع من ذلك وكذلك ان اشترى دينا عليه تعنيتا
عليه له لم يجز البيع ورد ان علم بهذا وظاهر هذا ان علم من المشتري
وحده قصد الاضرار يكفي ذلك في فسخ المعاوضه واختلف الشيوخ في هذا
فمنهم من قال علم المشتري وحده كاف ومنهم من قال لا بد مع ذلك من قصد
البايع الي الضرر وحينيذ يفسخ البيع وان لم يكن الا قصد المشتري وحده
بيع الدين عليه ولم يفسخ شراوه وفي كتاب الحماله معنى ما قدمناه عن
كتاب المديان الا ان الذي في كتاب المديان اتم فايده ۝ وقوله ولو تنازعا
في انه دفعه محتسبا فالقول قول الدافع الا بقرينه ۝ يعني ان من ادى
رجل عن اخر الدين الذي عليه فقام الدافع يطلبه من المدفوع عنه وقال
المدفوع عنه انما اديته عني علي وجه المعروف هبه او صدقه وانكر
الدافع هذا المعروف فان القول قول الدافع لان الاصل الا يخرج ملك الانسان
عنه الا لموجب ظاهر وهو مراد المولف بالقرينه كما ادى عن ميت ظاهر
الاعسار فلما طري له مال لم يكن قبل ذلك معلوما به للورثه ولا لهذا
الدافع فقام الدافع يطالب من ورثه الميت مثل ما دفع عن الميت لم يكن له

ذلك لظهور كذبه الا ان لا تقوى القرينه فينبغي ان يحلف الدافع وحينيد
ياخد ما دفع وقوله ولا يجوز ضمان بجعل يعني انه لا يجوز اخذ
العوض عن الضمان كمن ضمن عن رجل دينا عليه على دينار يعطيه
اياه سوا ادى عنه شيا او لم يود شيا ووجه المنع ظاهر لانه دابر بين
السلف بزياده ان ادى عنه شيا وبين اكل المال بالباطل ان لم يود عنه شيا
وهذا كله اذا كان رب الدين هو دافع العوض للحميل وكذلك اذا كان الذي عليه
الدين هو الدافع لمن تحمل عنه واما لو كان رب الدين هو الذي دفع للمديان
شيا على ان يا تي بحميل ففي ثمانيه ابي زيد عن اصبغ من كان له على رجل مايه
الى اجل فلا باس ان يضع عنه ويعطيه حميلا الى الاجل قال ولا باس
ايضا ان يعطيه صاحب الحق عشره نقدا على ان يعطيه حميلا او رهنا
الى الاجل وان لم تكن العشره مقاصه ولا وضيعه مما عليه وذكر محمد
عن ابن القاسم جواز ما يقرب من هذا وعن اشهب منعه ولو وقع الضمان
بالجعل على الوجه الذي ذكره المولف فقال مالك في العتبيه والموازيه هو
حرام ويرد ما اخذ قال ابن القاسم في الموازيه فان علم بذلك صاحب
الحق سقطت الحماله وان لم يعلم لزمت الحماله والجعل مردود قال اصبغ
كل حماله وقع حرامها بين الحميل والمطلوب بغير علم الطالب فهي تامه وانما
يفسدها علم الطالب قال محمد او يكون ذلك من سببه او معاملته وكل حماله
وقعت على حرام من المتبايعين ولا يلزم الحميل علم المتبايعان بحرام ذلك او
جهلاه علمه الحميل او جهله وقوله ولذلك امتنع ان يضمن احدهما
ليضمنه الاخر يعني ولاجل امتناع الضمان بالجعل منع من لا زمه
وهو ان يشتري اثنان سلعتين كل واحد منهما في صفقه فلا يجوز ان يتضامنا
في الثمن سوا كانت السلعتان لرجل واحد او لرجلين كان الثمنان متفقين في
المقدار والصفه او مختلفين لان كل واحد منهما اخذ جعلا على ضمانه

وهو ضامن لصاحبه له وكذلك لو باع رجل سلعه من رجل وباع رجل اخر سلعه
من ذلك المشتري او من رجل اخر على ان يتضامن البايعان في درك المبيع وذلك
ان كان هذا في صفقه واحده على القول بجواز جمع البايعين سلعتيهما سلعتهما
في الصفقه واختلف ابن العطار وابن الفخار هل يجوز التضامن في القرض بان يجده
رجلان على ان كل واحد منهما حميل بصاحبه فاجازه ابن العطار ومنعه ابن
الفخار والجواز اصح عندي وقوله اما لو اشتريا سلعه بينهما على السوا
جاز للعمل يعني انه لا ينقض علينا ما قلناه من المنع بما لو اشترى رجلان
سلعه او سلعتين من رجل في صفقه واحده واشتركا في المبيع بالسوا فان
هذه الصوره وشبهها جايزه عند اهل المذهب وان كان يدخلها من الضمان
بالجعل ما دخل الصوره التي قبلها وانما جازت هذه لعمل الماضين والا فلا فرق
بينهما وبين التي قبلها وهذه هي مساله سنه الحملا التي يذكرها المولف بعد هذا
وكذلك لو باع شريكان سلعه هي بينهما بالسوا وتضامنا في الدرك فان ذلك
جايز ولا يجوز ان اختلفت شركتهما في السلعه وقوله ويصح الضمان عن
الميت لا خلاف في صحه الضمان عن الحي معسرا كان او موسرا واما الميت فان
كان موسرا فكذلك وان كان معسرا وعقد الضمان عنه في حياته واختلف العلما
هل يصح الضمان عنه بعد موته فذهب الجمهور الى صحته ولزومه ان وقع وذهب
ابو حنيفه والثوري الى انه لا يصح وحكى المازري عن ابي يوسف ومحمد الحسن انهما
موافقان للجمهور والذي رايته في بعض كتب الحنفيه انهما استحسنا في المريض
اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما علي من الدين لغرما فقعلوا فهو جايز
ويلزمهم نظرا للغرما واحتج الجمهور بما تقدم من حديث سلمه ابن الاكوع
وحديث جابر وتاول ذلك الحنفيه على ان المراد من هذين الحديثين التبرع بالادا
على وجه الصدقه لا على الحماله قلت وتاويلهم ظاهر وان كان المازري راه
ضعيفا على حديث جابر وبيان ظهور تاويلهم انه لو لم يكن صدقه من ابي قتاده

الصوره

لما ادا ابو قتادة عنه دينا لذلك الميت فكان تمنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه
كان امتنع منها لما كان الدين لم يبرا في قتادة ولما لم يمتنع دل على ان ذلك ليس حقيقة
الضمان وجعل هذا المعنى غير واحد من الحنفية واهل الظاهر حجة في ان من
ادى عن رجل دينا بغير امره انه لا يكون له الرجوع بذلك الدين على من ادى عنه
وحجة ابي حنيفة في المنع من الحمالة عن الميت ان الضمان فرع عن لزوم الدين
المضمون ودين الميت المعسر غير لازم فلا يلزم الضمان عنه اما كون الضمان عن
فرع لزوم الدين المضمون فظاهر واما ان دين الميت المعسر غير لازم فلانه لو
لزم لكان اما في الذمة او في شيء معين والقسمان باطلان فيلزم من ذلك الدين باطل
اما بطلان القسم الاول فلان الذمة تابعة للمديان وهي صفة له او كالصفة وقد
انعدم الموصوف فتنعدم بانعدامه واما بطلان القسم الثاني فلان الفرض ان
المديان مات معسرا لا شيء له من الاموال المعينة يودي منها دينه واهل المذهب
ومن وافقهم قالوا الذمة امر تقديري يصح تصورها مع الموجود والمعدوم
وكانهم منعوا صحة القسم الاول وان الذمة صفة او كالصفة واسندوا المنع الى
وجهين احدهما ان ابرا الميت من الدين صحيح والثاني انه يصح اداوه عنه ولو لم تكن
له ذمة لكان ساقطا عنه بمقتضى الحكم فلا يصح الابرا ولا التبرع بادايه عنه
اذ لا معنى للابرا من اسقاط ولا معنى لان يتبرع باداء ما لا يلزم ذلك الميت الا ترى
ان من ضمن صداق امراة فارتدت قبل البنا ان الصداق ساقط لسقوط اصله ولا
يصح الابرا منه ولا التبرع بادايه كما يتبرع في مسلة النزاع ونقض اهل المذهب
وغيرهم على ابي حنيفة ايضا بان الضمان يصح عن الميت المعسر في حق من ابتدى
الضمان عنه وهو حي وبالقياس على المفلس وللحنفية انفصالات وللاخرين
اجوبة يطول الكلام بذكرها والمسلة مشهورة مذكورة في الخلاف وقوله
المضمون له ◌ هذا هو الركن الثاني وحجة اهل العرف ومن قبلهم من اهل
المذهب باسم الطالب وقوله فلا تشترط معرفته فلو تحمل دين ميت لم يطرا عليهم

له لونه

ذلك

له لونه ◌ يعني ان من تحمل اداء دين لونه سواء كان رب الدين معلوما او مجهولا
لان المقصود انما هو ابرا الغريم مما عليه ولا خصوصية للطالب وايضا فان
ظاهر حديث ابي قتادة كذا انه لم تجر فيه ذكر لمن له الدين والمسلة تعلق بضمان
المجهول وسياتي الكلام على ضمان المجهول حيث ذكره المولف في الركن الرابع
وقوله الضامن ◌ هذا هو الركن الثالث ◌ وقوله شرطه اهلية التبرع يعني
ان الضامن متبرع بتسليف الغريم ما غرم به ذمته للطالب والسلف عقد معروف
فيشترط في فاعله وجود اهلية التبرع على ان الضمان عند اهل المذهب يكفي
فيه الالتزام ممن حصلت له اهليته ولا يشترطون فيه الحيازة من جانب
الاخذ كما يشترط في غيره من ابواب المعروف وقوله فيصح ضمان الزوجة
في الثلث ◌ وقد تقدم ان للزوج الحجر على زوجته فيما زاد على الثلث من مالها
مما تتبرع به ولما كانت الكفالة تبرعا جرى فيها عليها حكم التبرع وانما
نبه المولف على الكفالة في حق الزوجة فيما زاد على الثلث لانها اخرجت بعض
مالها على عوض وذلك العوض هو مثل ما اخرجت فقد يظن انه اخف من
غيره فيجوز في حقها وان كان اكثر من الثلث ولا سيما والكفالة لا تستلزم
اخراج شيء من المال في الحال وانما ذلك امر متوقع في المستقبل ولاجل هذا
اعتمد المولف بيان هذه المسلة في هذا المحل وهذا كله ان كان من تحملت عنه
معسرا واما ان كان موسرا فاختلف في صحة حمالتها عنه على قولين وقوله
واذا رد السيد ضمان العبد او المدبر او ام الولد اتبع به اذا عتق ◌ اتى
المولف بذكر حكم رد السيد ضمان عبده ومدبره وام ولده عن بيان ان له
الرد والامضا كذلك لما ذكره بالالتزام على ما المريد لونه وينبغي ان يكون
معنى ما ذكره من الرد في هذا الموضع انه مجرد عدم الاجازة خاصة
ولو اسقط ذلك عنهم لما لزمهم شيء منه بعد العتق كما هو الحكم في عطاياهم
وهذا ان كان العبد ومن ذكر معه غير ماذون له في التجارة واما ان كان ماذونا

له فيها فهل يستلزم ذلك الاذن له في الحماله راي ابن القاسم ان ذلك لا يستلزم وقال
عبد الملك ابن الماجشون انه يستلزم قال القاضي اسماعيل لان فيه مصلحه للعبد
واستيلافا لمن يعامله ويحمل به كما يتحمل هو بغيره [illegible] ذلك اختلف في المكاتب
هل له ان يتحمل بغير اذن سيده قولان لابن القاسم وعبد الملك واما ان اذن السيد
لهم في الحماله عن غيرهم فالمذهب جواز ذلك بلا خلاف وفيه الا في المكاتب ففيه قولان
الجواز والاخر المنع وهما على الخلاف هل يملك المكاتب القادر على ادا الكتابه من تعجيز
نفسه فان قلنا انه يملك من ذلك صحت الحماله منه باذن سيده وان قلنا انه لا يملك
من ذلك منع من الحماله ولو اذن السيد لان ذلك داعيه الى رقه وفيه اسقاط لحق
الله تعالى وفي هذا الفصل فروع غير هذا مذكوره في المدونه وغيرها وقوله
وللمضمون له مطالبه من شا وفيها لا يطالب والاصل حاضر ملي لكن اذا غاب او فلس
وراه كالرهن وقيل او كان ملطاطا ● يعني ان المذهب اختلف هل يكون الطالب مخيرا
في اتباع الغريم بدينه او الحميل يطلب ايهما شا وهذان القولان لمالك في المدونه
ولا يظهر لنسبه المولف الى المدونه احد القولين كبير فايده فكان مالك اولا يقول
للطالب ان يتبع ايهما شا وهذا قول ابي حنيفه والشافعي ثم رجع مالك الى انه
لا يتبع الحميل الا بعد تعذر الاخذ من الغريم وفي الحديث والزعيم غارم
فمنهم من فهم ان هذا على العموم ومنهم من راه من المطلقات لان غرمه اعم من
ان يكون مخيرا فيه او على التعاقب وراي بعض كبار الشيوخ ان الحماله تبرع من
الحميل فان لم يلتزم ان يدفع الدين الا بعد تعذر الاخذ من الغريم لم يلزمه الا
ذلك قال وذلك لو لم يصرح في التزامه بهذا ولكنه كان في بلد عرفهم هذا فلما
طلب بالدفع ادعى ما وافقه عليه العرف لان الحكم حينيذ كالتصريح ومقابل هذا
ان يشترط الغريم التبديه بالحميل فان ظهرت لذلك فايده حكم بمقتضى الشرط وان لم
تظهر له فايده جرى على الخلاف في شرط ما لا يفيد وذلك ينظر في هذا الشرط
ان كان الطالب هو الذي اشترطه فان افاد كما لو كان الحميل املا ذمه او اسمح عند

التقاضي

التقاضي لزم الشرط وان جرى على الاصل الذي قلناه واما لو اشترط الطالب
ان ياخذ بدينه ايهما شا فاختلف ايضا قول مالك هل يوفى له بهذا الشرط
او لا يوفى له ولكن يطلب الحق من الغريم فان تعذر اخذه منه فحينيذ يطالب
به الحميل وهذان القولان انما يمكن تصورهما على القول الذي رجع اليه
مالك خاصه لا على قوله الاول واما قول المولف وراه كالرهن فتنبيه منه
على صحه القول الذي رجع اليه مالك يعني ان المقصود من الحماله انما هو
التوصل الى الحق بسهوله وشبه ذلك بالرهن اذ ذلك المقصود من الرهن فينبغي
ان يتساويا في الحكم واما قول المولف ايضا وقيل او كان ملطاطا فقال
الجوهري يلطط حقه اذا جحده وظاهر كلام المولف ان هذا قول مخالف
لما حكاه عن المدونه وفي عده خلافا نظر ولعاد كر في المدونه القولين اللذين
ذكرهما المولف اولا قال باثره قال غيره وان كان الغريم ملدا ظالما قال مالك او
كان غايبا مليا في غيبته او معدما حاضرا اخاف الطالب ان قام عليه المحاصه
فله اتباع الحميل قال في كتاب محمد مثل ان يكون رجلا كثير الدين ان اقتضى منه شيا
خاف ان يحاص فيما ياخذ بعد ذلك فحينيذ يرجع على الحميل قال في المدونه الا
ان يكون للغايب مال حاضر يعدى فيه فلا يتبع الحميل قال غيره الا ان يكون في
تثبيت ذلك وفي النظر فيه بعد فيوخذ من الحميل وقاله سحنون وقوله ومهما
ابرا الاصل برى الحميل ولا عكس ● يعني ان رب الدين اذا اسقط دينه عن
الغريم سقط عن الحميل لان الطلب انما يتوجه على الحميل بسبب الغريم فاذا
زال السبب زال المسبب وهذا بين على قول مالك الاخر الذي يرى ان الحميل
انما يطالب بالدين بعد تعذر الاخذ من الغريم واما على قول مالك الاول فقد
يقال انهما ذمتان توجه للطالب الحق على كل واحده منهما على طريق البدل
فلا يلزم من ترك طلب واحده منهما ترك طلب الاخرى الا ان الجواب عن هذا ان
السببيه التي قلنا بين الغريم والحميل لا شك فيها وعلى هذا التقدير يتم الجواب

المحاصه

الذي ذكرنا ولاجله يصح قول المولف بخلاف العكس اي اذا اسقط الطالب
عن الحميل لا يسقط عن الغريم فان قلت كيف يلزم من عدم السبب عدم المسبب
من ذلك عكسه لانهما جريا مجرى العلة والمعلول قلت المراد من السببية
في هذا الموضع كون طلب الغريم اصلا لطلب الحميل وبهذا التفسير يتم ما
قلناه والله سبحانه اعلم وفاعل ابرا ضمير يعود على رب الدين وفاعل برى
الذي هو جواب له ضمير يعود على الحميل وذكر ابن المواز عن مالك من رواية
اشهب فيمن باع سلعة واخذ حميلا وشرط عليهما ايهما شا اخذ بحقه فمات
الغريم فبيعت جميع تركته فاستوفى ثلثي حقه ثم سال الورثة ان يحللوا الميت
مما بقي ففعل فقال له الحميل لا شي لك علي لانك تحللت الذي كان لك ثم قال
مال الحميل بالله ما وضع الا ليتبع هو على حقه قال ابن المواز فيها شي وقال
في موضع اخر فيها نظر وقال مالك فيمن كان له على رجل حق فان حق بحماله
وحق بغير حماله فمات فبيعت تركته فلم تف بما عليه فساله ورثته ان
يحلل الميت من بقية حقه ففعل ثم طلب الحميل قال ارى ان يكون الذي حلل
اليه من مال الميت بين الحقين بالحصص ويحلف بالله تعالى ما وضعت الا للميت
ثم يكون على الحميل حصته من ذلك الدين وانكر جماعة من الشيوخ هاتين المسالتين
كما اشار اليه ابن المواز وقال بعضهم انما يتوجه على الحميل الغرم متى كان الحق
ثابتا على الغريم واذا سقط عنه او بعضه سقط عن الحميل كما لو ودى الغريم
الحق كله او بعضه لسقط ذلك عن الحميل فكذلك اذا اسقطه عنه رب الدين
واذا كان يطلب به الحميل وهو اذا غرم ذلك رجع الحميل بذلك على الغريم او
على ورثته ان كان ميتا وذكر المسالة في العتبية بنحو ما ذكرها ابن المواز قال
ابن رشد انما حامله واعترضها بنحو ما قاله الشيخ الذي حكينا عنه الان
اعتراضها قال وقد رايت لابن دحون انه قال انما لزمه اليمين من اجل ان الدين
الذي كان له بغير حماله فيحلف انه ما حلله الا منه قال ولو كان كله بحماله لم يكن

لحق

له حق على الحميل قال ابن رشد وهو تاويل به تصح المسالة فينبغي ان يحمل عليه
وان كان بعيدا من ظاهر لفظها قلت قد صرح مالك في صدر المسالة التي ذكرها
ابن المواز ولا بما لا يقبل هذا التاويل وتاولها المازري على ان الناس يعتقدون
ان من له الدين يطلب به من هو عليه في الاخرة قال ويوكد اعتقادهم قوله صلى
الله عليه وسلم نفس المومن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه وذلك الحديث
جابر الذي تقدم اول الكتاب فاذا تقرر هذا وامكن ان يريد من له الدين
بتحليله الا مطالبته له على الغريم في الاخرة واسقاطا ثم المطل عنه ان
كان مطله فهذا انما يختص بالغريم دون الحميل فيحلف من له الدين انه لم يرد
الا احد الوجهين وهو التباعة في الاخرة دون الدين ويبقى الحميل مطلوبا
بما تحمل به ولا يسقط عنه بالشك ما كان عليه بيقين وفي كتاب محمد اذا غاب
الغريم فغرم الحميل لصاحب الحق ثم قدم الغريم فذكر انه دفع لصاحب
الحق واقام البينة على ذلك قال ينظر فان كان الحميل دفع الحق قبل الغريم
وبعد ان حل الاجل فله الرجعة على الغريم لان دفعه كان بحق ويرجع
الحميل بما كان دفع على صاحب الحق وان كان الغريم هو الدافع قبل الحميل كان
تباعة الحميل عليه ويرجع الحميل على صاحب الحق بما كان دفع اليه وان
جهل امرهما لم يتبع الحميل الامر دفع اليه الا ان يكون له بينة انه الدافع
الاول او بقضا من سلطان بعد ان يحلف الغريم انه كان الدافع قبل فان
نكل حلف الغريم الحميل واغرم الغريم فان نكلا جميعا لم يكن على الغريم شي
ويليق بهذا الموضع الكلام على تاخير الغريم هل يكون تاخيرا للحميل وتفليس
لكن ذكره المولف بعد هذا وقوله ولو مات الاصيل يحاله من ماله قا
لم يبرئ وما لم يطلب الكفيل بموجل بعد موت المضمون الا بعد استحقاقه
يعني انه لو مات الغريم قبل حلول اجل الدين فلا يخلو اما ان يترك ما
يودي منه الدين ام لا والاول حكمه ظاهر وهو ان الطالب ياخذ جميع

حقه وان لم يترك وفا بالدين فلا يطالب الضامن الا بعد حلول اجل الدين
قال ابن رشد ولا اختلاف في ذلك حفظه قلت ولم يقولوا ان الحميل داخل
على ان يغرم الحق عن الغريم متى توجه عليه الطلب وتعذر اخذه منه قال
ابن القاسم في المدونه ان مات الغريم مليا والطالب وارثه بري الحميل لانه
ان غرم للطالب شيا رجع عليه بمثله في تركة الميت والتركه في يديه فصارت
كمقاصه فان مات الغريم معدما ضمن الحميل ومراد المولف بالاصيل هو الغريم
وفاعل يحل ضمير يعود على الطالب والضمير المنصوب راجع الي الحق اي
يحل الطالب الحق من مال الاصيل لان الضمير المخفوض باضافه مال عايد علي
الاصيل والضمير المخفوض باضافه استحقاق راجع الي الحق وقوله
وللمضمون له طلب تركة الضامن ويرجع ورثته علي المضمون بعد استحقاقه
وقيل يوقف الى الاجل فان لم يكن الاصيل مليا اخذه اخذه الغريم قال الحى هذه
روايه سحنون عن رب الدين وهو المضمون له بان له طلب تركة الضامن اذا مات
قبل حلول اجل الدين فاذا اخذه من التركه كان للورثه ان يرجعوا بذلك علي الغريم
وقيل انه يوخذ الحق من تركة الحميل ويوقف الى الاجل فان كان الغريم عند حلول
الاجل مليا اخذه الطالب الدين من ماله وان كان عديما اخذ الطالب المال
الموقوف بسببه ثم يرجع ورثة الحميل على الغريم متى ايسر والقول الاول
هو قول مالك في المدونه وزاد فيها ولو كان الغريم حاضرا مليا وليس لورثته ان
ياخذوا من مال الغريم قبل الاجل وقاله اشهب في غير المدونه والقول الثاني
روايه ابن وهب وقاله عبد الملك وانما قال اللخمي هي روايه سوء لانه حجر
المال من غير فايده حصلت لورثة الحميل ولا لرب الدين وذهب ابن نافع ان كانت
تركة الحميل مامونه واسعه لم يوخذ الدين منها معجلا ولا موقوفا والا
وقف الدين وجعل القاضي عبد الوهاب هاتين الروايتين جاريتين على الخلاف
قول مالك هل لرب الدين الخيار في طلب الغريم او الضامن وان مذهب المدونه

جار علي قوله ايهما شا وهي الروايه الاولى وروايه ابن وهب هنا جاريه
على الروايه الثانيه وانكر ذلك غيره وزعم ان الخلاف في هذه المسالة مع
تسليم صحة الروايه الثانيه وهو الاقرب قال ابن المواز ولو مات الحميل عند
محل الاجل او بعده فهاهنا يبدا بالغريم فان كان عديما او ملدا او غايبا
اخذ من مال الحميل قال ولو مات الحميل قبل الاجل فحاص به الطالب غرما
الحميل فنابه من ماله خمسون ثم حل الاجل على الغريم فليرجع الطالب
وغرما الحميل بالمايه كلها فيرجع منها الى غرما الحميل ما كان اخذ الغريم
من مال الحميل وذلك خمسون فان لم يوجد عند هذا الغريم الا خمسون فلياخذ
الطالب منها خمسه وعشرين وغرما الحميل خمسه وعشرون ثم يحاصهم
الطالب بما بقي من مايته وذلك خمسه وعشرون وغرما الحميل بما بقي لهم
يتحاصون بذلك في الخمسه والعشرين التي اخذ غرما الحميل حالا طرا وقوله
وللضامن المطالبه بتخليصه عند الطلب يعني ان رب الدين اذا توجه
له الطلب على غريمه فسكت عنه او نص على تاخيره فللحميل الا يرضى بذلك
التاخير ويقول لرب الدين اما ان تطلب حقك معجلا من الغريم والا اسقطت
عني الحماله لان حق الطلب بالدين عند وجوبه ضرر بالحميل لاحتمال ان يكون
الغريم موسرا الان ويعسر فيما يستقبل فيغرم الحميل حينيذ وانما يصح
من الحميل المطالبه بتخليصه على ما ذكره المولف اذا كان الغريم موسرا واما
ان كان معسرا فلا مقال للحميل لان الطلب لم يتوجه على الغريم في هذه الحاله
قال ابن رشد تحصيل القول في هذه المسالة ان الطالب اذا اخر الغريم فلا
يخلوا ان يكون المطلوب مليا او معدما فان كان معدما فلا كلام في ذلك
للحميل قولا واحدا وان كان مليا فلا يخلوا من ثلاثة اوجه اما ان يعلم
الحميل فينكر او يعلم فيسكت او لا يعلم حتى يحل الاجل الذي اخره اليه
فالاول لا يلزمه تاخير الطالب ويقال للطالب اما ان تسقط الكفالة او فاحلف

انك ما اخرته الا علي ان يبقى الكفيل على كفالته فان حلف لم يلزمه التاخير وان
نكل لزمه قال والكفالة ثابتة على كل حال وقيل الكفالة ساقطة والاول مذهب
ابن القاسم في المدونة وان سكت عنها عن اليمين والثاني مذهب غيره في المدونة
قال وقيل الكفالة لازمة بكل حال واما ان علم بذلك فسكت حتى حل الاجل فالكفالة
لازمة قاله في المدونة ويدخله الخلاف في السكوت هل هو كالاقرار وان لم يعلم
بذلك حتى حل الاجل فيحلف طالب الحق وتلزمه الكفالة وان نكل سقطت قال وهذا
كله في التاخير الكثير واما التاخير اليسير فلا حجة فيه للكفيل قال في المدونة
واذا اخر الطالب الكفيل بعد محل الحق فذلك تاخير للغريم الا ان يحلف بالله ما كان
ذلك مني تاخيرا للغريم فيكون له طلبه لانه لو وضع الكفالة كان له طلب الغريم ان قال
وضعت الكفالة دون الحق فان نكل لزمه تاخيره وقوله ويرجع اذا ادى ببينة
او اقرار المضمون له ولا يفيد اقرار المضمون عنه ● فاعل يرجع ضمير مستتر يعود
على الضامن لتقدم ذكره ويريد ان الضامن اذا ادى عن الغريم كان له الرجوع عليه
لكن اذا ثبت اداؤه للدين ببينة على معاينة دفعه الحق للطالب او على اقرار
الطالب وهو المضمون له لان الحق قد سقط بهذين الوجهين واما اقرار المضمون
عنه وهو الغريم فلا يكفي في وجوب الرجوع عليه لان الضامن في ادائه عن الغريم
كالوكيل له والوكيل المخصوص اذا دفع بغير بينة او لم يقر له الطالب فالمشهور انه
ضامن ولو كان دفع الكفيل للطالب بحضرة الغريم فهل يكون ذلك ايضا قرينة في
اسقاط البينة عنه على الدفع وينبغي ان يجري ذلك على مسالة الوكيل اذا دفع
بحضرة من وكله وهذا اصل اختلف فيه وقوله واذا صالح الضامن رجع
بالاقل من الدين او القيمة ● لما قدم الكلام على ما اذا دفع الضامن عن
الغريم جملة ما عليه وكان الذي اداه من جنس الثمن وصفته وانه يرجع بما ادى
ويدل ايضا بالالتزام على انه اذا دفع عنه اقل مما عليه قدرا وهو من جنسه
انه يرجع بما ادى ايضا لا بجملة الدين تكلم هنا على ما اذا ادى عنه ما يخالف

جنس الدين وكان المدفوع من ذوات القيم لا من ذوات الامثال فذكر ان الضامن
يرجع على الغريم باقل الامرين من الدين او من قيمة ما دفع وهذا يدل
بالالتزام على ان هذا الصلح جائز وان كان الضامن لا يدري بما اذا
يرجع هل بمثل الدين او بقيمة المصالح به قيل وانما جاز ذلك لان الضمان
بابه المعروف والضامن دخل على انه ياخذ اقل الامرين وهو معلوم عنده
فان دفع له الزايد بعد ذلك فمعروف صنعه معه الغريم واختلف قوله
في المدونة اذا صالح الضامن الغريم بشي من ذوات الامثال مخالف لجنس الدين
فاجازه في كتاب الحمالة وهو اقرب لان الباب معروف ومنعه في كتاب السلم الثاني
لان الضامن لا يدري ماذا يرجع به على الغريم والحمالة فيه التزم من الحمالة
في مسالة المولف لمخالفة ما وقع به الصلح لما في ذمة الغريم في الجنس فلا يتاتى
فيه الرجوع بالاقل وشرط بعضهم في مسالة المولف هذه ان تكون السلعة
تقوم عادة بجنس الدين وهذا الاحتياج الى ذكره فان كلامهم يدل عليه حيث
قالوا يرجع بالاقل ومعلوم ان الاقل والاكثر لا بد ان يشتركا في الجنس
والصفة وعورضت مسالة المولف هذه بما قاله ابن القاسم في المدونة فيمن
امر رجلا يشتري له سلعة بالعين ولم يدفع اليه شيا فاشتراها بغير
العين ان الامر يكون بالخيار في تركها اشتراه المامور ولا اشكال في ذلك
او بقبوله ويدفع الامر ما ودى عنه وكان ينبغي ان رضي بالشرا ان يدفع
له الاقل مما امره به او قيمة ما اشترى به بجامع ان كل واحد من الوكيل
والكفيل فعلا غير ما امر به وقصدا المعروف فتردد بعضهم في صحة
هذه المعارضة وفي الفرق بان المامور ما دون له في التسليف لان الفرض
ان الامر لم يعطه شيا فاذا اجاز الامر فعله فانما امضاه على الوجه الذي
فعله وهو السلف فيعطيه مثل ما ادى عنه واما الكفيل فلم يوذن له في
شي بوجه وانما قصد هو من جهة نفسه التطوع فلا يكون على الغريم الا

الاول هذا لما يليق بمسئله المولف ولها فروع واقسام مقابله وفي استيفا
الكلام على ذلك خروج عن كلام المولف وقوله وصار كل يراجع الحملا
ان من غرم احد من يلقاه بما اداه عنه من حصته من الدين ثم بنصف
ما ادى عن غيره بسبب الحماله لانه شريكه ويتراجعون ابدا • هذا الكلام
انما يتمشى في نوع واحد من انواع تعدد الحملا وهو اذا كانوا ثلاثه اشتركوا
في ثمن مبيع وتحمل كل واحد منهم بصاحبيه على ان البايع ياخذ بحقه من
شا منهم في حضورهم وغيبتهم في هذا الوجه وشبهه اذا لقي رب الدين
احدهم اخذه بجميع الحق ثلثه عن نفسه وثلثاه عن الباقيين فاذا لقي هذا
الدافع احد الباقيين طلب منه ثلث الحق لانه اداه عنه وطلب منه نصف الثلث
الباقي من الحق لانه كان اداه عن الغريم الثالث وهما معا حميلان به فيتساويان
فيه فمن لقيه منهما اخذ منه السدس وان لقياه معا اخذا منه الثلث وهو
جميع ما عليه لهما واما لو كان المشتري غير الثلاثه وتحمل عنه هولا الثلاثه
وعلى انهم حملوا بعضهم عن بعض فان الطالب اذا احدهم اخذه بجميع المال وجد
ثم ان لقي هذا الحميل الدافع احد الباقيين ساواه في كل ما ادى لان كل
واحد منهما لم يختص دينه بشي عن صاحبيه كما اختص في مسئله الشرا
قبل هذه على ما يتبين ان شا الله تعالى ولم يرد المولف هذا وانما اراد
ما صدرنا به الكلام بدليل وتظهر مسئله المدونه اذا اشترى سته
نفر سلعه بستمايه درهم بالحماله فلقي البايع احدهم فاخذ منه الجميع فاذا
لقي الغارم احدهم اخذه بمايه عن حصته من الدين وبمايتين نصف ما بقي
من الحماله • يعني ان كل واحد من هولا السته ينوبه من ثمن السلعه مايه
درهم لان له في السلعه السدس فعليه سدس الثمن وهو حميل بما بقي وهو الثمن
خمسمايه درهم فاذا لقي البايع احدهم اخذ منه جميع سدسه عن نفسه
وخمسه اسداسه بالحماله عن الخمسه الباقين فاذا دفع له ذلك ولقي الدافع

احد الخمسه

احد الخمسه الباقين اخذ منه مايه اداها عنه بالحماله وبقيت اربعمايه
كل واحد منهما بها حميل ثم اداها احدهما فوجب ان يساويه الاخر فيما ادى
من الحماله فياخذ منه مايتين فيكون كل واحد منهما ادى ثلاثمايه مايه عن
نفسه ومايتين عن غيره وقوله فاذا لقي احدهما ثالثا اخذه بخمسين
وبخمسه وسبعين • قد علمنا ان كل واحد من الاولين ادى عن نفسه مايه احدها
وعن غيره مايتين فان لقي احد الاربعه الباقين اخذ منه خمسين عن نفسه
لان الدافع يقول له دفعت مايتين عن اربعه انت احدهم فادفع ربعها
وهو خمسون فقد بقي للدافع مايه وخمسون فيقول ساوني فيها فيدفع له
نصفها وهو خمسه وسبعون فيكون جميع ما اخذ منه مايه وخمسه وعشرون
تبقى له خمسه وسبعون وقوله فان لقي الثالث رابعا اخذه بخمسه
وعشرين وخمسه وعشرين • يعني فان لقي الثالث الذي غرم خمسين
عن نفسه وخمسه وسبعين عن غيره فالخمسون التي اداها عن نفسه لا
يرجع بها على احد والخمسه والسبعون اداها عن ثلاثه هذا الرابع
احدهم فينوبه منها خمسه وعشرون ويبقى له مما ادى للباقي خمسون
كان دفعها بالحماله ايضا فيساويه فيها هذا الرابع ونصفها خمسه
وعشرون فياخذ منه بالوجهين خمسين يبقى له من الخمسه والسبعين
التي اداها بالحماله خمسه وعشرون وقوله ثم باثني عشر ونصف
وسته وربع • يعني فان لقي هذا الثالث الذي بقيت له خمسه وعشرون
خامسا وهو احد الاثنين الباقيين اخذ منه اثني عشر ونصفا لانه
ادى خمسه وعشرين عن اثنين هذا احدهما فياخذ منه نصفها ويبقى له
نصفها فيساويه فيه فياخذ منه سته وربعا ثم لقي السادس اخذ منه ما بقي له
وهو سته وربع واما قول المولف الى ان يلقى الخامس السادس فياخذ منه سته
وربعا لانه اداها عنه فيعني به انك تصنع في ملاقاه بعضهم بعضا

على ما ذكرناه الى ان يلقى الخامس السادس وقد علمت ان الخامس ادى للرابع
اثنى عشر ونصفا عن نفسه وستة وربعا بالحمالة عن السادس فاذا لقي
الخامس ذلك السادس اخذه بما ادى عنه وهو ستة وربع ولم يكن الخامس
ادى بالحمالة شيا سوى ما اخذه من السادس وها هنا انتهى ما عمله المولف
ومنه تعرف بقيه الحكم فيما بقي من صور المسله كما لو لقي هذا السادس
احد الاولين وهو الذي بقيت له مايتان فانه ياخذ من هذا السادس
خمسين لانه اداها عن ربعه هذا احدهم وسوى له مايه وخمسون يساويه
فيها فيعطيه خمسه وسبعين مضافه الى الخمسين فيكون السادس ادى
سته وخمسين وربعا عن نفسه وسبعين بالحماله وهكذا تفعل لو
لقي هذا السادس الخامس او غيره فانك تنظر ما ادى الخامس عنه فاخذه
منه ثم يتساويان فيما اداه بالحماله ولا خلاف ان الحكم في مسله المدونه
هذه على ما ابداه المولف ان من ادى منهم شيا ثم لقي غيره فانه يطلبه
بما اداه عنه وحده ثم يساويه فيما اداه بالحماله وان كان ادى الاخر شيا
بالحماله جمعه الى ما اداه صاحبه وتساويا في ذلك وقال بعض اهل العدد
اذا لقي احد الاثنين الاولين ثالثا فانه لا يكون العمل فيهما على ما تقدم بل
يقول هذا الثالث للثاني لو اجتمعنا مع الاول لكان المال علينا اثلاثا فعلي
مايتان غرمنا انت وصاحبك عني مايتان وحدك مايه وهي التي دفعت
عني وسادفع الى صاحبك المايه التي دفع عني اذا لقيته فنستوي في
الغرم كل واحد مايتان كما لو اجتمعنا في دفعه وهكذا اذا لقي الثالث
الرابع وهكذا الحكم في بقيه صور المسله وتقدم الفرق بين ان الحملا
غرما في مسله المدونه وبين ان لا يكونوا غرما كما لو تحملوا عن غيرهم
ما لزمه وحده من دين وقال غيره لا فرق بين المسالتين بل من لقي
منهم صاحبه طلبه بما يخصه مما اداه عنه ثم يساويه فيما اداه عن غيره

ولعل هذا

ولعل هذا مذهب المولف فلذلك اكتفى بما ذكره اولا وتبصوره في مسله المدونه
وقوله المضمون شرطه ان يمكن استيفاوه من الضامن او ما يتضمنه
كضمان الوجه • هذا هو الركن الرابع ومعنى الكلام انه يشترط في
المضمون وهو الذي يقع به مطالبه الضامن ان يكون مما يخوبه الذمه فلما
خشي المولف النقض عليه بضمان الوجه ارد ذلك بقوله او ما يتضمنه اي
شي يخوبه الذمه يكون لازما لمعين كضمان الوجه لان الوجه وان كان معينا لا
يخوبه الذمه لكنه يستلزم الغرامه وذلك الذي يغرم مما يمكن استيفاوه
من الضامن فما من قوله او ما يتضمنه يحتمل ان يكون موصوله ويحتمل ان تكون
نكره موصوفه والضمير المنصوب عايد على استيفاوه وهذا الكلام انما احتيج
اليه هنا لان يبنى عليه احكام ضمان الوجه والا فهو خلي عن قوله في رسم
الضمان هو شغل ذمه اخرى بالحق غير ان هذا الكلام يدخل تحته حماله الطلب
لانها مما يمكن استيفاوه من الضامن ولا يدخل تحت ذلك الكلام وقال اصبغ في
كتاب ابن حبيب في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل واخذ المال يوخذ فيعطى
حملا يتحملون به وبكل ما اخذ واجترم من قتل واخذ مال ان ذلك يلزمهم ويوخذون
بكل ما اخذ به الا انهم لا يقتلون قال فضل فانظر قوله فان كان اراد انهم يوخذون
بما اجترم من المال الا القتل والجراح او انهم يوخذون بالديه قال عياض هذا
التاويل يوافق مذهب الفقه وذلك ان ضمان الفقه يلزم الحميل بالنفس في
القتل والجراح ان لم يات بالمضمون ديه المقتول وارش الجراحات واشار
بعض الشيوخ الى ان الحدود التي تجب بالاقرار ويصح الرجوع عنها لغير شبهه
اذا اخرت لموجب ما فانه تصح الحماله بها لان هروب الجاني دليل على رجوعه
قد قال واختلف الطرق في حديث الغامديه هل قال بها رسول الله صلى الله عليه
وسلم او لم يقل بها قلت قوله ان هروب دليل على رجوعه عن اقراره ليس
بالبين لاحتمال ان يكون هروبه انما هو من الم الحد مع تماديه على صحه ما اقر به

على نفسه قال في المدونة بعد حمالة الدرك ولو شرط المشتري خلاص
السلعة لم تجز الكفالة ولم تلزمه يريد إذا اشترى سلعة من رجل على
أنها إن استحقت فعلى البائع خلاصها وضمن له ذلك رجل قال وقال غيره
تلزمه يعني الكفالة وهو إذا دخل المشتري في غرم ماله فعليه الأقل من قيمة
السلعة يوم تستحق أو الثمن الذي ودى إلا أن يكون الغريم مليا حاضرا
فيتبرأ وروي مثل ذلك عن ابن القاسم أيضا وقال ابن القاسم في شرط
المشتري على البائع خلاص المبيع ولولا أن الناس اعتادوا ذلك في عقود الأشرية
لا يريدون به الخلاص ولكن تشددا في التوثيق لنقضت به البيع ولو
عقدوا البيع على اشتراطه فسد البيع وقوله فلا يصح ضمان مبيع
معين مطلقا باحضار مثله إن هلك • يعني أن صحة الشرط المتقدم تستلزم
عدم صحة ضمان الوجه المبيع المعين يعني أنه إن هلك قبل قبضه وجب على
البائع دفع مثله للمبتاع ويضمنه الضامن في ذلك وذلك أن تعيينه يمنع
من القضاء بمثله وما يضمنه الضامن لا بد أن يكون غير معين فيلزم
قطعا انتفاء صحة ضمان المعين ولعل أن هذا الفرع لاندماجه في الشرط المتقدم
أدخل في أوله الفاء المؤذنة بالسببية وفي معنى هلاك المبيع قبل استيفائه
استحقاقه بعد استيفائه والاطلاع على عيب قديم فيه وهذا الذي ذكره
مقصور على العروض والطعام وشبههما مما يقصد لعينه سواء كان من
ذوات القيم أو من ذوات الأمثال لأن حكم البيع يوجب الفسخ وأما الدنانير
والدراهم فيصح ضمانها ولو عينت على مذهب المدونة لأنه إنما تجوز
المعاوضة عليها عنده على شرط الخلف وقوله وأن يكون دينا مستقرا
أو آيلا إليه • هذا الشرط لا خلاف فيه بين أهل المذهب وإن كان خرج
بعضهم في الكتابة خلافا سيأتي الكلام عليه وكذلك أيضا نص عليه
الشافعية وغيرهم وتصور كلام المؤلف يتبين مما بعد وقوله

فيصح ضمان

فيصح ضمان المجهول وقبل وجوبه • يعني أن المذهب الاكتفاء بما ذكره من الشرط
ويلزم عليه صحة ضمان المجهول سواء كان لازما في الحال كقوله كلما ثبت لك
على فلان فأنا له ضامن وكان غير لازم ولكنه يلزم كقوله داين فلانا فكلما
داينته به فأنا له ضامن وبقول مالك بصحة ضمان المجهول قال أبو حنيفة وقال
ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري والليث وأحمد والشافعي أنه لا يصح فأجراه
مالك وأبو حنيفة مجرى الهبات وأجراه الشافعي ومن وافقه مجرى المعاوضات
لكن اتفق الجمهور من الشافعية وغيرهم على صحة الضمان بالدرك وفيه
من الجهالة ما قد علم إذ يحتمل أن يكون هناك استحقاق وعيب وأن لا يكونا
وبتقدير كونهما فإما في جميع الصفقة أو في بعضها وإذا فرعنا على عليه
المذهب وضمن رجل لآخر ما قضي له به على فلان فإن ثبت له حق ببينة
لزم الضامن ضمانه وإن أقر له به بعد الضمان ففي لزومه قولان وأسقطهما غير
واحد من المدونة ومن معنى الكفالة بالمجهول ما قاله مالك في المدونة فيمن
قال لرجل بايع فلانا أو داينه فما بايعته به من شيء أو داينته به فأنا ضامن
لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه وقال غيره إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه أن
يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به وللشيوخ كلام في قول غير مالك هذا
هل هو تقييد له أو خلاف قال ابن القاسم في المدونة ولو لم يداينه حتى
أتاه الحميل فقال لا تفعل فقد بدا لي فذلك له بخلاف قوله احلف وأنا ضامن
ثم رجع قبل اليمين هذا لا ينفعه لأنه حق وجب وفي كتاب ابن المواز
والعتبية عن مالك فيمن مات وعليه من الدين ما لا يدري كم هو وترك
مالا من عين وعرض لا يدرى كم هو فيتحمل بعض ورثته بجميع دينه نقدا
أو إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله فإن كان على أن ما فيه من فضل بعد
وفاء الدين بينه وبين بقية الورثة على فرائض الله تعالى وإن كان نقص
كان عليه وحده فذلك جائز لأن ذلك على وجه المعروف وفعل الخير للميت

ولورثته واما ان كان له الفضل بعد وفا الدين وعليه النقصان فلا يجوز
لانه غرر وغير وجه من الفساد فصارت كبيع حمله ما لحمله قال ولو كان
وارثا واحدا لكان جايزا قال ولو طرا غريم لم يعلم به الابن فعليه ان يغرم
له ولا ينفعه قوله لم اعلم به وانما لحالته بما علمت وقال مالك فيمن مات
وعليه ثلاثة الاف دينار ولم يترك غيرها الف دينار وله ولد لا يرثه غيره
فسال غرما ابيه ان يدعوا له الالف بيده وينظروه سنتين ويضمن لهم
بقيه دينهم فرضوا فذلك جايز قال ابن القاسم وبلغني عن ابن هرمز مثله
قال ابن دحون انما جازت يعني ما قاله مالك في صدر المساله على المسامحه
واصلها ان لا يجوز لما فيها من الجهاله وقوله ولا تصح بالكتابه قد
تقدم ان من شرط المضمون ان يكون دينا مستقرا ولما كانت الكتابه
ليست بدين مستقر لم تجز الحماله بها ولان الحميل يحل محل المتحمل عنه واذا
كان الدين ليس بمستقر في الاصل فاحرى الا يكون مستقرا على من هو فرع
عنه وتبع له وخرج بعض الشيوخ قولا بجواز الحماله بالكتابه من قول
اشهب فيمن قال له رجل كاتب عبدك وعلي ماية دينار ان هذا يجوز وذلك
ان الحماله بالكتابه عند هذا الشيخ انما منعت لان المقصود من الحماله حصول
العتق للمكاتب فاذا عجز ولم يحصل العتق وجب بطلان الحماله وهذا المعنى
حاصل في مساله اشهب فاذا لم يكن معتبرا عنده فيها وجب ان لا تعتبر
في الكتابه وقدح بعضهم في هذا التخريج بان من قال كاتب عبدك على ان اعطاه
بالكتابه حميلا فقد اعطاه حميلا بدين قد لا يثبت وفي مساله اشهب انما
دفع اليه مالا على ان يستانف الكتابه ويسقط حقه في بيع العبد بمنزله
هذا الشيخ وهذا ما ينظر فيه لا شك انه هذا ما تحصل من كلام اهل المذهب
في هذا الموضع وحكى ابن يونس عن محمد بن عبد الحكم انه قال لا باس بالحماله
بالكتابه كما لو تحمل رجل عن عبد غير مادون له في التجاره بمال او عن رجل في

ولا ينبغي

في ولايه تبتني اشتراطه احدهما ان كان ذلك يلزمه وان ذهب ماله باطلا فهو
الذي رضي بهذا قال ابن يونس ولا اعلم ان لي في هذا القول روايه فان تحمل
بالكتابه رجل على شرط تعجيل العتق جاز ويكون للحميل الرجوع على المكاتب قاله
ابن القاسم في المدونه وقوله ولا بالجعل قبل العمل يعني لان الجعاله
قبل العمل ليست بعقد منبرم فاشبهت الكتابه وفي جواز العمل بها بعد العمل
نظر لان الخيار للعامل بعد العمل وقوله ويصح ضمان الوجه وان كان فيه
الذي عليه جمهور العلما ونقل فيه غير واحد الاجماع ان ضمان الوجه
صحيح وحكى بعضهم عن الشافعي تضعيفه ثم ان الشافعيه حين تبنت هذا
القول بان الحماله بالبدن لا تصح ومنهم من تاول هذا التضعيف باعتبار
القياس خاصه لا من جهه الاثار ولا يلزم من كون الحكم ضعيفا باعتبار
اثباته بدليل معين ضعفه من كل الوجوه لما انه لا يلزم من رفع الاخص
رفع الاعم واما قول المولف وان كان منكرا فيعني به ولو كان من توجه عليه
الضمان بالوجه منكرا للدين وليس هذا موضعا لهذه الزياده وانما حسن
ذكرها حيث يتوهم ان توجه الضمان بالوجه على المنكر ضعيف ويكون
قويا على المقر به فذكر المنكر ليرفع ذلك التوهم ولعكس الامر على العكس
فان المنكر يحتاج الى اقامه البينه عليه فلا بد من حضوره مجلس القاضي
لترفع البينه الشهاده على عينه فيطلب منه ضامن الوجه بسبب
ذلك واما المقر فلا يحتاج الى ضامن الوجه في حقه في اكثر المسايل وانما
يحتاج في الغالب الى ضامن المال ولهذا ذهب بعض الشافعيه الى صحه ضمان
الوجه في حق المنكر دون المقر وقوله ويلزمه احضاره يعني ويلزم
الضامن احضار من عليه الدين الى مجلس القاضي لان ذلك مقتضى ما ضمن
وانما يقع النظر اذا عجز عن ذلك ولما كان هذا مقتضى ما ضمنه كان المنادر
للذهن انه لا يبرا بغير ذلك واحتاج المولف ان يبين الوجوه التي يبرا بها

عينه

بها ضامن الوجه فقال ويبرأ بتسليمه في مكان اشترطه ● يعني ويبرأ
ضامن الوجه من ضمانه بتسليم المضمون في المكان الذي اشترط عليه احضاره
فيه وظاهره انه سواء كان مليا او معدما وروى ابن الجهم عن مالك انه لا
يبرأ الا بتسليمه في المكان المشترط مليا والاول اظهر لانه اقرب الى
مقتضى اللفظ قال في المدونة فان دفعه اليه حيث يقدر الغريم على
الامتناع منه كموضع لا سلطان فيه او حال فتنة او مفازة فلا يبرأ بذلك
وقوله او بإبرائه منه او بسجن ● لعله يبرأ او بإبراء رب الحق له من
الضمان وكذلك يبرأ ضامن الوجه اذا سلمه اليه في السجن قال في
الموازية كان في دم او دين او غيره ويكفيه ان يقول برئت اليك منه
وهو في السجن فشأنك به وقوله والا غرم بعد اجل خفيف وقيل
بغير اجل وقيل لا يغرم ● يعني فان لم يحضره ولم يبرأ بشيء من الوجوه
التي يبرأ بها الضامن من الوجوه المذكورة فالمشهور انه يغرم
الحق وقال ابن عبد الحكم لا يغرم وعلى المشهور فهل يضرب له اجل قولان
احدهما وهو المذهب المدونة انه يتلوم له ومثله في العتبية والموازية
وقال ابن وهب لا يتلوم له قال في المدونة فان لم يات به والغريم حاضر
تلوم له وان كان غائبا قريب الغيبة مثل اليوم ونحوه تلوم له كما يتلوم
للحاضر وفي كتاب ابن المواز وان كان غائبا كاليوم واليومين قال في العتبية
او ثلاثة ويقدر ما لا يضر فيه بالطالب والاقرب بعد تسليم القول
بانه يغرم انه يتلوم له اجل خفيف وتقديره الى الامام والقائل بانه
لا يغرم هو ابن عبد الحكم وهو الاظهر عندي لانه انما التزم احضار الغريم
وذلك لا يدل على غرامة المال بشيء من الدلالات الثلاث وهذا القول في غاية
المنافرة لرواية ابن الجهم وقوله ولو حكم بالغرم ففي سقوطه باحضاره
قولان ● هذه المسألة في المدونة وهي مفرعة على القول المشهور قيل هذا

والقول بعدم

والقول بعدم السقوط هو مذهب المدونة والسقوط لسحنون قال في
المدونة ومن تحمل بحميل رجل الى اجل فلم يات به عند الاجل فرفع الى
الحاكم فلم يقض عليه بالمال حتى احضره برئ من المال ومن غاب الرجل
ولو كان قد حكم عليه بالمال بعد التلوم لزمه المال ومضى الحكم قالوا
يريد ويتبع ايهما وقال سحنون ان حكم عليه السلطان بالمال فلم يغرمه
حتى جاء الغريم فلا غرم على الحميل ولو غاب الغريم واراد كفيل الوجه ان
يثبت فقره لتسقط الكفالة عنه فانه لو حضره وكان فقيرا لم يلزم الحميل
غرم فاجراه بعض الشيوخ على قولين في يمين التهمة وذلك ان الفقر انما
يثبت بقيام البينة انهم لا يعلمون له مالا ثم حلف المشهود بفقره على
البت انه لا مال له وهذه اليمين تتعذر منه مع غيبته قال المازري فهذا
قد يجري على قولين عندنا لكون هذه اليمين يمين استظهار لاجل
التهمة بانه اخفى مالا ويمين الاستظهار والتهم ليس لها من القوة
ما للايمان الواجبة عن الدعوى المحققة قال واختار بعض اشياخي الاكتفاء
بثبوت فقر الغريم في غيبته والمشهور من المذهب وهو مذهب المدونة
ان الغريم المتحمل بوجهه لو جاء بنفسه الى من له الدين فقال له ها انا قد
جئتك ومكنتك من نفسي فاسقط الكفالة عن تحمل بوجهي لم يكن ذلك مسقطا
بالكفالة قال ابن المواز الا ان يكون الكفيل بالوجه قال للغريم اذهب وسلم
نفسك الى من له الحق عليك ففعل فان ذلك يسقط الكفالة ويكون الغريم كوكيل
للكفيل على تسليم الغريم لمن له الدين ولو اشترط رب الدين على ضامن الوجه
ان يحضره الغريم ببلد سماه فاحضره له بغير ذلك البلد وبموضع تناله فيه
الاحكام فحكى ابن عبد الحكم في المسألة قولين واجرى ذلك المازري على القولين
في شرط ما لا يفيد قلت وهذا الشرط قد يكون مفيدا اذا كان البلد
المشترط احضار الغريم فيه هو موضع سكنى البينة التي يثبت بها الحق

او كان الحق غير الدنانير والدراهم مما يتقصد به موضع خاص واذا احضره
له بغيره لم تحصل للطالب المنفعة التي لاجلها اخذ الكفيل والله سبحانه اعلم
ولو اشترط رب الدين على الكفيل احضار الغريم ببلد باحده فيه الاحكام
فخرب ذلك البلد وصار مما لا تجري فيه الاحكام فهل يبرا باحضار
الغريم في ذلك البلد فيه قولان ولو شرط الكفيل في الكفالة بالوجه انك
ان لقيت غريمك سقطت الكفالة عني فانه تعتبر هذا الشرط ان كان بموضع
تناله فيه الاحكام وان لقيه بموضع لا تناله فيه الاحكام لم يعتبر قاله في
العتبية وقوله فلو مات المضمون لم يلزم الضامن شي وعن ابن القاسم
اذا مات بعد الاجل لزم وان كنت قلت غير هذا فاطرحوه • يعني انه
سوا مات الغريم قبل طلب كفيل الوجه او بعد طلبه وتوجه الغرم
عليه في ظاهر الحكم ثم تبين ان الغريم مات قبل ذلك فان ابن القاسم
يرى سقوط الكفالة عن الكفيل وان كان دفع شيا رجع به قال ابن القاسم
في المدونة اذا مات الغريم بري كفيل الوجه لان النفس المكفولة قد ذهبت
ولو غاب الغريم فقضي على الكفيل بالمال فوداه ثم اثبت ببينة ان الغريم
مات في غيبته قبل القضا رجع الكفيل بما ودي على رب الدين لانه لو علم
انه ميت حين اخذه به الكفيل لم يكن عليه شي وانما تقع الكفالة بالنفس
ما كان حيا وحكى ابن المواز عن ابن القاسم واشهب مثل ما حكاه المولف في
القول الاول واما قول المولف وعن ابن القاسم اذا مات الى اخره فظاهره
انه سوا كان موته بالبلد او بغيره ولم ينقل ابن القاسم هكذا وصوره هذا
القول على ما حكاه عنه ابن المواز وهو الذي اتبعه الشيوخ فيما نقلوا عنه
في هذا الموضع قال ابن القاسم وان مات في غيبته وهي قريبة او بعيدة
لزم الكفيل الغرم الا ان يكون الكفالة موجلة ويكون موت الغريم قبل الاجل
فحينئذ تسقط عنه الكفالة ولا يلزمه شي قال ابن القاسم وان كنت قلت لكم في

هذه المسالة

في هذه المسالة غير هذا فاطرحوه وجدوا بهذا فظاهر هذا وقد
صرح به بعض الشيوخ في نقله هذا القول انه لو مات بالبلد لم يلزم
الكفيل شي ولو مات في غير البلد لتفصل كما ذكرناه الان وانما الزم الكفيل
الغرم في هذا القول لان تفريطه في الغريم حتى خرج عن البلد لعجزه عن
احضاره وهو حي لانه لو منعه من الخروج لحال الاجل عليه وهو بالبلد
فيتمكن رب الدين من طلبه ولو مات كفيل الوجه فالمشهور من المذهب
ان الكفالة لا تسقط عن كفيل الوجه بموته وكانه التزم دينا في ذمته
وقال عبد الملك ان موت كفيل الوجه يسقط الكفالة عنه ولا يطالب بها
وكان ما التزم من الكفالة معلق بعينه كما علقت الكفالة بعين المكفول به
قال المازري ولو كان الدين موجلا فمات الحميل بالوجه وقلنا بالمشهور
انه بموته لا يسقط الكفالة فان ورثته مطالبون باحضار الغريم فان
احضروه سقطت الكفالة وحكى عن ابن المواز اذا احضره احد الورثة
برئت التركة من المطالبة ولو كان الدين موجلا قلت هكذا حكى المازري
هذا القول والذي رايته في كتاب ابن المواز بعد ان حكى قول عبد الملك
قال محمد يقال لورثته جيبوا بما لوى عليه الدين والا ضمنتم قال الشيخ ابو
اسحاق في شرحه كتاب ابن المواز فلم يدلوا متى يجيبون به ولعله اراد
عند حلول الاجل قال المازري باثر كلامه اولا وعارض هذا الاشياخ
المتاخرون بان احضار ولده للغريم قبل الاجل لا يفيد من له الدين اذ
لا يقدر رب الدين حينيذ على طلبه قال ولعل ابن المواز راى هذه الكفالة
تحل بموت الحميل كما حل على الحميل بالمال الدين الموجل اذا مات الحميل به وما
ذلك الا لما يلحق ورثته من الضرر في منعهم من قسمة التركة وقد يتعلق
بها حق المتحمل له لا مكان ان يحل الاجل ويتغيب الغريم وقوله فلو قال
انا حميل بوجهه بطلبه وشبهه طلبه يسفر مثله • هذا هو حميل الطلب

وتقع مسألة على وجهين احدهما ان تنعقد الحمالة على ضمان الوجه ويشترط الضامن
انه ان لم يجده بري من المال والوجه الثاني ان تنعقد الحمالة على انه ضامن الطلب
ولما اراد المولف الجمع بين الوجهين في مسلة واحدة قال فلو لا قال انا حميل
بطلبه وشبهه والضمير المضاف اليه مثل وان احتمل عوده على الحميل وعلى
الغريم الا ان المنقول ان الحميل يلزمه ان يسافر في الطلب سفرا يقوى عليه
وهذا يويد ان مراد المولف عوده على الحميل وهو احد ما قيل في المسلة
على ما سنذكره الا ان لفظه يقتضي تعطي من بدل الوسع ما لا يعطيه
مثله قال ملك في المدونه ولو شرط حميل الوجه اني اطلبه فان لم اجده
بريت من المال ولكن على طلبه حتى اتي به لم يلزمه الا ما شرط قال ابن
المواز او يقول لا اضمن الا وجهه فهو لا يضمن الا الوجه غاب او حضر
او مات او فلس ولا يحبس ان لم يحضره الا ان يعلم مكانه فليحبس بقدر ما
يرى السلطان مما يرجوا به احضاره قال القاضي ابن رشد في قول ابن المواز
لا اضمن الا وجهه نظر اذ لا فرق بين قوله انا ضامن لوجهه ولا يريد على
ذلك وبين قوله لا اضمن الا وجهه قال والذي يوجبه النظر ان ينظر
الى البساط فان كان قيل له تضمن فلانا او تضمن المال عن فلان فقال لا اضمن
الا وجهه لزمه المال على حكم ضمان الوجه وان كان قيل له تضمن وجهه
فان لم تات به غرمت المال فقال لا اضمن الا وجهه لم يلزمه المال بحال
قال عن ابن القاسم في المدونه باثر ما نقلناه فوق هذا لا يلزمه من المال
حالا بالرجل او لم يات به الا ان يلقاه بعد الاجل احضاره فغرط فيه
حتى اعوزه فهذا قد غره هذا هو المنقول في الوجه الاول من وجهي المسله
وقال ابن القاسم في العتبيه وهذا وما بعده يتعلق بالوجه الثاني ويجري مثله
في الوجه الاول وهو ان قال له الطالب هو بموضع كذا فاخرج اليه فلينظر
فان كان مثل الحميل يقوى على الخروج اليه امر بذلك وان ضعف عن ذلك

لم يلزمه

لم يلزمه عليه ان يخرج ولو خرج ثم قدم فقال لم اجده فلذ به الطالب
في الوصول فان كان من وقت خروج مدة يبلغ في مثلها صدق قلت
اشار بعض الشيوخ الى ان هذا جار على قول ابن القاسم في المدونه في كتاب
الدبيه الرواحل فيمن استوجر على تبليغ كتاب واما على قول غيره هناك
انه لا يصدق الا بعد قيام البينه انه اوصل الكتاب فيجب الا يقبل قوله
هنا وفرق بعضهم بان مسله الاجير الاصل فيها براة ذمة المستاجر من
الدين الذي يطلبه به الاجير فلا يلزمه الا بعد البيان ومسله الحمالة هذه لا يطلب
الكفيل فيها عمارة ذمة وانما مقصده الخروج من عهدة الطلب الذي لا تمكن اقامة
البينه فيه وقد دخل الطالب والكفيل على تصديق الكفيل في ذلك قال في
العتبيه وان اثبت الطالب انه خرج واقام بقريته ولم يتماد عاقبه السلطان
بالسجن بقدر ما يرى او يامر باحضار صاحبه ان قدر عليه واما ان يضمنه المال
فلا الا ان يلقاه فيتركه فيضمن ان اثبت ذلك عليه وكذلك ان غيبه في بيته ولم
يظهره وفي كتاب ابن حبيب ان جهل مكانه فليس عليه طلبه ولا الغرم وان عرف
مكانه فعليه ان يخرج قرب مكانه او بعد الا في البعد المتفاحش واما مسيرة
الايام التي تكون من اسفار الناس واختلاف البلدان غير النايبة جدا فليخرج
او يرسل ويغرم وقال اصبغ ليس عليه طلبه الا في مسيرة يوم او يومين او
ما لا ضرر فيه ❊ وقوله ولو شرط الاجل في الحال والغريم معسر يوسر في
مثله منعه ابن القاسم واجازه اشهب ❊ يعني ان من له دين حال على رجل
فاخره به الى اجل ما فلا يخلوا ان يكون الغالب عليه انه يوسر عند حلول ذلك
الاجل او بعده او قبله فاما القسمان الاولان فلا يختلف المذهب في جوازهما
لان تاخير الغريم المعسر في هذا الاجل واجب فليس للطالب بسلف حقيقة
ولا حكما واما القسم الثالث وهو الذي تكلم عليه المولف وبدل عليه كلامه
بالمطابقه وعلى ما قبله بالالتزام فاختلف المذهب في جوازه على قولين منعه

ابن القاسم لا سلف لانه يحوز سلفا جر منفعة وذلك ان هذا الغريم المعسر اذا
كان ينقضي عسره في الغالب بانقضاء شهرين مثلا لبعض اصحاب الغلات فاذا
اخره الطالب الى اربعة اشهر فقد سلف الطالب غريمه واخره الى الشهرين
الاخيرين اللذين لا يجب عليه ان يؤخره فيهما لان من اخر ما وجب له يعد
مسلفا على المذهب وانتفع هذا المسلف بالحميل الذي اخذه من غريمه بهذا
الدين في الشهرين السابقين وفي الشهرين الاخيرين واجاز هذا اشهب لان يسار
المديان بعد عسره موهوم لا ينبغي ان تتغير الاحكام بسببه واصل هذا
مسالة المدونة فيمن له على رجل دين الى اجل لم يحل فاخره به الى ابعد من الاجل
بحميل او رهن لم يجز قال لانه سلف بنفع قال غيره في المدونة ولا يلزم الحميل
شي ولا يكون الرهن به رهنا وفي كتاب ابن المواز فلس الغريم او مات قبل الاجل
الاول لم يلزم رهن ولا حمالة وان مات او فلس بعد الاجل ثبت الرهن وبطلت
الحمالة واحرى لابن القاسم قول اخر واشار بعضهم الى انه مروي عنه ان الحمالة
ثابتة بعد الاجل يعني الاول قال لانه كالمخرج من يده شيا لامكان ان يكون
قادرا حين الاجل على الاخذ منه فصار الحميل اوجب تاخيره فاشبه الاخراج
من يده وقوله وان كان موسرا بالبعض جاز ضمان احدهما دون الاخر
الجميع • يعني فان كان الغريم معسرا ببعض الدين وموسرا ببعضه كالنصف
مثلا جاز ان يعطيه ضامنا باحدهما خاصة كما لو قضاه النصف الذي هو به
موسر على ان اخره بالنصف الذي هو معسر به واعطاه به حميلا اذ لا مانع
من ذلك وكذلك لو اخره بنصف الدين واعطاه بهذا النصف الذي اخره به
حميلا وابقى النصف الثاني على الحلول جاز ذلك لانه يعود الامر فيه الى الصورة
التي قبله لان له طلبه بذلك النصف الذي لم يؤخره به والفرض انه موسر
به واما لو اخره بالجميع على ان اعطاه حميلا بالجميع ايضا لما جاز لانه سلف
جر منفعة الا ترى انه مسلف للنصف الذي الغريم به موسر لتاخيره اياه على

على حميل به وبالنصف الثاني وذلك نفع في النصف الذي هو به معسر هكذا
اشار بعضهم وهو الذي اراد المؤلف بقوله دون الجميع وفيه نظر اذا فرضنا
ان حالة في العسر لا تنتقل الى اليسر في ذلك الاجل لانه لو كان موسرا بالجميع
لجازت المسالة ولو كان معسرا لا يقدر على قضاء شي من دينه لجازت المسالة
ايضا واما ان كانت تنتقل الى اليسر قبل انقضاء الاجل فلا شك في المنع على
اصل ابن القاسم في المسالة السابقة وقوله ولو ضمن الموجل حالا جاز ه
هكذا اجازه في المدونة فيمن له حق على رجل الى اجل فاخذ منه قبل الاجل
حميلا او رهنا على ان يوفيه ذلك قبل حلول الاجل جاز قال لانه زيادة توثق
فاطلق ما اطلقه المؤلف وقال بعضهم انما هذا اذا كان الحق مما له تعجيله
واما ان كان عرضا او حيوانا من بيع فلا يجوز لانه حط عني الضمان وازيدك
توثقا قلت وليس هذا بالبين لان رب الدين ما اخذ زيادة في نفس الحق ولا
منفصلة عنه ينتفع بها وانما قصده التوثق وذلك يدل على انه لا عوض
له في التعجيل ولا عرض لا اخر في بقاء الدين في ذمته وانما يراد التوثق وتظهر
فائدته مع التاخير لا مع التعجيل وقوله ولو علق الضمان بعدم وفا
الاصل تلوم الحاكم والزمه ما لم يكن مليا حاضرا • يعني لو قال رجل لاخر
انا ضامن لك بما لك على فلان ان لم يوفك حقك فان الضمان صحيح على الوجه
الذي شرطه فيتلوم له القاضي فان لم يوف له الغريم شيا في مدة التلوم الزم
القاضي الكفيل اداء ذلك الحق الا ان يكون الغريم حاضرا مليا فان القاضي يجبره
على الدفع للطالب وحاصل هذه المسالة ان الضامن شرط في ضمانه ان يكون
العمل على قول مالك الاخير من القولين اللذين ذكرهما المؤلف قبل هذا وهما في
المدونة وهذه المسالة ايضا كانها عكس المسالة التي قدمنا اختلاف قول
مالك في لزوم الوفا بالشرط فيها وهي اذا اشترط رب الحق انه ياخذ حقه
من شا من الغريم او من الكفيل وانظر هل يجري ذلك المعنى هنا حتى يقال

اداوقعنا علي قول مالك الاول ان الطالب له احد من شا من الغريم او الكفيل وشرط
الكفيل انه لا يدفع الا بعدمه وفا الاصل هل يوفي له بهذا الشرط او لا يوفي له
ولا سيما وقول مالك هذا هو قول الشافعي وابي حنيفة وغيرهما من علما الامصار
او يقال الضامن واهب في المعنى ولم يهب الا علي صفه وهي التي علق الضمان
عليها لا مطلقا فالزامه الضمان في جميع الازمنه والاحوال الزام له اكثر
مما التزمه وذلك لا يسوغ وقوله وصيغته تحملت وتكفلت وضمنت وانا
زعيم وعندي وشبه ذلك • هذه الالفاظ مستعمله عرفا في الضمان وهي
باعتبار اللغه اكثر من هذه وكذلك ايضا هي في العرف اكثر مما ذكر المولف
قال ابن القاسم في المدونه فان قال انا حميل او زعيم او قبيل او ضامن او هو لك
عندي او علي او الي او قبلي فذلك كله حماله لازمه ان اراد الوجه او المال لزمه
ما شرط قلت ومن الالفاظ المستعمله لغه في هذا الباب قولهم انا صبير وادين
وقبيل وغير هذا ذكر بعض الشيوخ انها من الفاظ هذا الباب وانما ينبغي ان
يذكر هنا ما شهد العرف باستعماله ولا يكتفي بالالفاظ اللغويه التي لم
يستعملها الناس وقوله فلو قال اردت الوجه فقولان • يعني فلو لم يجد
من الكفيل سوي ما ذكر المولف من الالفاظ ولم يذكر متعلق الحماله فلم يقل
انا كفيل بوجهه فلان ولا ضامن لما عليه ولا زعيم بحضاره فاختلف
الشيوخ علي ما ذا يحمل ذلك من قوله ان قال اردت الوجه خاصه هل يحمل علي
الوجه كما قال او علي المال واكثر الشيوخ علي انه يرجع في ذلك الي تفسير
مراده علي حسب ما يفسره ومنهم من قال يحمل علي حماله المال لانها هي المتبادره
الي الذهن عند سماع هذه الالفاظ واما لو حقق كل واحد منهما ما وقعت
عليه الحماله فقال الحميل انا تحملت بالوجه وقال رب الدين بل تحملت لي بالمال فقالوا
القول قول الحميل لانه تمسك بالاصل براءه الذمه من المال فهو مدعي عليه فيكون
القول قوله هذا ما يتعلق بهذه المسله وحدها ويتعلق بهذا الفصل فروع

لسره

لسره ومنها ما تمس الحاجه اليه كاختلاف الحميل ورب الدين في الغريم هل
هو ملي فلا يتوجه الطلب علي الحميل او هو عديم فيتوجه الطلب وفي ذلك
قولان والاقرب منهما ترجيح قول الحميل لانه تمسك بالاصل ومن فروع هذا
الباب ما هو قليل الوقوع كاختلاف الحميل ورب الدين في جنس ما وقعت به الحماله
وفي مقداره ولم يتعرض المولف الي ذكر شي منه فتركناه لذلك وقوله
الشركه اذن في التصرف لهما مع انفسهما
هذا رسم مطلق الشركه من حيث هي هي لا بقيد كونها في الاموال او في
الاعمال علي ما سياتي ومعناه ان كل واحد من الشريكين اذن لصاحبه ان
يتصرف للكل ذلك مع نفسه لانه يتصرف للكل دون وحده والاعادة وكاله
ليس الا فقوله مع انفسهما فصل او خاصه تخرج بها الوكاله لا
حشو في الرسم كما ظن بعضهم فان قلت تصرف الانسان لغيره يحتاج فيه
الي الاذن واما تصرفه لنفسه فلا يحتاج الي اذن فيكون قوله مع انفسهما
حشوا من وجه اخر غير ذلك الوجه الذي منه ظن بعضهم قلت لا نسلم
ان تصرف الانسان لنفسه بقيد المعيه في تصرفه لغيره غير مفتقر
الي الاذن فيصح ان يكون المجموع متعلق الاذن والله سبحانه اعلم والاصل
في الشركه من القران قوله تعالي فابعثوا احدكم بورقكم ان صح ان شرع من
قبلنا شرع لنا واما ايه الغنايم فسياتي الكلام علي الاستدلال بها
ومن السنه ما خرجه ابو داود عن ابي هريره رضي الله عنه عن النبي صلي الله عليه
وسلم قال ان الله يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه
فاذا خانه خرجت من بينهم وخرج الترمذي عن النعمان ابن بشير قال قال رسول
الله صلي الله عليه وسلم مثل القايم علي حدود الله والمدهن فيها مثل قوم
استهموا علي سفينه في البحر فاصاب بعضهم اعلاها واصاب بعضهم
اسفلها فكان الذين في اسفلها يصعدون فيستقون الما فيصبون علي

الدين في اعلاها فقال الذين في اعلاها لا ندعكم تصعدون فتوذوننا فقال
الذين في اسفلها فاننا ننقبها من اسفلها فنستقي فان اخذوا على
ايديهم فمنعوهم نجوا جميعا وان تركوهم غرقوا جميعا قال الترمذي
هذا حديث حسن صحيح وسياتي ما يحكيه المولف من الاجماع في بعض انواع
الشركة وقوله العاقدان لما قدم الكلام على رسم الشركة اخذ الان
يتكلم على اركانها ولا خفا ان مراد المولف وغيره في هذا الموضع وما اشبهه
ان المقصود بالعاقدين من يصح منهما الاشتراك ولما كانت الشركة من الامور
النسبية اقتضت تعددا من تصدر عنه واقل ذلك العدد اثنان وقوله
كالوكيل والموكل يعني ان من صح منه ان يوكل ويتوكل صح منه ان يشارك
غيره لان كل واحد من الشريكين موكل لصاحبه ووكيل عنه الا ترى ان
حقيقة الشركة كما تقدم الاذن في التصرف فان قلت تشبيه الشركة بالوكالة
يستدعي كون الوكالة معلومة عند السامع ولم تجر للوكالة ذكر فيما تقدم
قلت لم يشبه المولف الشركة بالوكالة وانما شبه الشريكين بالوكيل والموكل
والمشبه به وان لم يكن معلوما الان لكنه كالمعلوم لقرب اتيانه الا ترى
انه تكلم على الوكالة باثر الشركة فان قلت هلا قدم الكلام على الوكالة
حتى تكون احالة الشريكين على الوكيل والموكل في موضعها من غير حاجة
الى الاعتذار بالقرب ولا غيره قلت باب الشركة انسب لما قدمه من باب البيوع
وتوابعه واشد ملازمة من الوكالة فان قلت ما الذي يريده المولف من تشبيه
العاقدين بالوكيل والموكل هل يريد ان احد العاقدين في الشركة يشبه الموكل
والعاقد الثاني يشبه الوكيل او يريد ان مجموع العاقدين يشبه مجموع الموكل
والوكيل قلت مراده ان كل واحد من العاقدين يشبه مجموع الوكيل والموكل لان
كل واحد من الشريكين يتصرف لنفسه ولغيره فالقدر الذي هو فيه متصرف
لغيره هو فيه وكيل وذلك يستدعي وجود موكل له على ذلك وهو شريكه

وذلك الكلام في تصرف الشريك الثاني وذلك يستدعي ويحتمل ان يريد ان
مجموع الشريكين كمجموع الوكيل والموكل غير ان الوكيل في الوكالة متعين
غير موكل والموكل متعين وغير وكيل وكل واحد من الشريكين وكيل عن غيره
وموكل عن غيره فان قلت سيذكر بعد هذا حيث يذكر المولف عن المدونه ان
الذمي لا يوكل على المسلم في بيع او شرا وشبه ذلك فهل هذا معتبر في هذا
التشبيه قلت لا يبعد دخول بعض تلك الاحكام اعني ما ينفي المسلم على
دينه من الحرام اذا كان شريكه ممن يستحل الربا وشبه ذلك فقد قال في
كتاب القراض من المدونه ولا احب مقارضة من يستحل الحرام او من لا يعرف
الحلال من الحرام وان كان مسلما وقال مالك في كتاب ابن حبيب ولا ينبغي
للمحافظ لدينه ان يشارك الا اهل الدين والامانه والتوقي للخيانه والربا
والتخليط في التجاره ولا يشارك يهوديا ولا نصرانيا ولا مسلما فاجرا الا ان
يكون هو الذي يلي البيع والشرا ولا يلي الاخر فيه الا البطش والعمل
وبالجمله ان الاصل المساواه بين الشركه والوكاله الا لمانع وقوله
الصيغه ما يدل لفظا او عرفا مراده ان الشركه لا تختص بلفظ معين
بل كل ما دل عليها لغة او عرفا او ما يقوم مقام ذلك من الافعال كاف
في هذا ولا يمكن ولكن في كلامه مسامحه لانه قابل بين اللفظ والعرف
فان كان مراده باللفظ ما هو اعم من اللغه والعرف فكيف يجعل العرف قسيما
له وهو قسم منه وان كان مراده باللفظ انما هو ما افاد لغة خاصه دون
دون ما افاد عرفا وقوله او عرفا ما افاد من الالفاظ العرفيه فقريب
الا انه يخرج عنه الفعل كالمعاطاه وشبهها وان كان مراده بقوله او
عرفا ما افاد في العرف سواء كان من الالفاظ او الافعال ففيه غير وجه
من الاشكال واقله انه فسر الصيغه بما هو اعم من الصيغه والله سبحانه
اعلم وقوله محلها المال والعمل يعني ان الشركه تكون في المال

على ما سياتي ولا خلاف في ذلك من جنبة الحوالة وتكون في العمل خاصة وسياتي
ايضا وذلك كشركة الابدان واجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعي
فعند مالك وابي حنيفة ان المنافع مال تصح الشركة فيها كالاعيان وعند
الشافعي انها ليست بمال ولانها منتهزة لا يصح عليها الاختلاط كما
يصح في الاموال وقوله ففي الطعام بيع من غير مناجزة لبقاء اليد يعني
ان كل واحد من الشريكين في شركة الاموال باع نصف ماله بنصف مال صاحبه
مثلا ولم يقع بينهما مناجزة فيما تبايعاه لان يد كل واحد منهما تجول فيما
باعه كما تجول فيما ابقاه ولم يبعه لكن هذا القدر من التفرقة لا يمنع في
التحقيق من حصول المناجزة لاختلاف وجوه الضمان في ذلك الجزء المبيع
الا ترى انه كان مضمونا من البائع مطلقا قبل وقوع عقد الشركة واما
بعد وقوعها فضمانه منهما او من مشتريه على ما يقال بعد هذا لكن
المولف لما راى هذا القدر مانعا من المناجزة في مسايل الصرف والمماطلة
على المشهور عده هاهنا كذلك ولذلك عقب هذا الكلام بقوله والاجماع على
اجازتها في الدنانير والدراهم من كلا الجانبين كانه يرى القياس على
الصرف يمنع من صحة الشركة بالدنانير والدراهم لكن هذا القياس متروك
في هذا الموضع لقيام المانع من العمل بمقتضاه وهو قيام الاجماع على صحة
الشركة بالدنانير والدراهم وذلك مناقض لمدلول القياس والاقرب ما قلناه من
ان مقتضى الدليل والاصول هو ما دل عليه الاجماع وان جولان اليد لا يمنع من
صحة القبض بل ولا من كون ذلك الشي محكوما له بانه مقبوض ولا عن ترك
هذا المقتضى الدليل في باب الصرف وشبهه احتياطا وطلب فيه القبض الحسي
والله سبحانه اعلم واما قول المولف من كلا الجانبين فتقييد لكل واحد من
المعطوف والمعطوف عليه اي في الدنانير من كلا الجانبين وفي الدراهم من كلا
الجانبين لقوله بعد هذا وتمنع في الدنانير مع الدراهم وقوله

فقاس

فقاس ابن القاسم عليها الطعام المتفق في نوعه وصفته ومنعه مالك
فقيل لانه بيع الطعام قبل قبضه يعني ان ابن القاسم قاس الطعامين
المتفقين في النوع والصفة على الدنانير او الدراهم والجامع ظاهر وهو
حصول المناجزة حكما لا حسا ولا يضر بقاء اليد كما لا يضر ذلك في العين
ومنع ذلك مالك وقد ذكر في المدونة ان قول مالك اختلف في الطعامين
المتفقين الصفة وربما يفهم من المدونة الكراهة دون التحريم وذلك
ان ابن القاسم قال فيها ولا تجوز الشركة عند مالك بشي من الطعام
والشراب كان مما يوزن او يكال ام لا من صنف واحد او من صنفين واجاز
ابن القاسم الشركة بالطعام المتفق في الصفة والجودة من نوع واحد
على الكيل قال ابن القاسم ورجع مالك عن اجازة الشركة بالطعام وان
تكافيا لم تجزه لنا منذ لقيناه ولا اعلم لكراهيته فيه وجها واما قول
المولف فقيل لانه بيع الطعام قبل قبضه فمعناه ان انتصر للقول الذي
رجع اليه مالك فرق بين العين وبين الطعام بما ذكره عبد الحق
بان قال الذي سمعت غير واحد يعلل قول مالك هذا ان الشريكين باع كل
واحد منهما نصف ما في يديه من الطعام بنصف ما في يدي الاخر صاحبه
ويد كل واحد على ما باع فاذا تصرفا وباعا حصل تحت ذلك بيع الطعام قبل
قبضه لعدم القبض لما كانت يد كل واحد منهما على متاعه قلت وهذا
يقتضي ان القبض يختلف في المبيع بحسب طلب المناجزة وبحسب السلامة من
المبيع قبل الاستيفاء وانه في الوجه الثاني اشد منه في الوجه الاول ولا
بد لهذا من دليل وهو غير موجود وفرق القاضي اسماعيل بان الشركة
في الطعام مشروطة بالمساواة في القدر والقيمة وهو مبني على التساوي
في القدر والصفة معا وذلك متعذر عادة قال ولا ينتقض ببيع الطعام
بعضه ببعض لان المطلوب هنا حصول المساواة في القدر وحده وهو

سهل ورده ابن يونس بانه تفريع على خلاف اصل مالك وابن القاسم معا وذلك
ان طرده يقتضي جواز الشركة بالطعامين المختلفين النوع اذا حصلت المساواة
في القيمة قلت قد يقال ان التساوي في القيمة مع اتحاد النوع هو عنده متعذر
عادة فاحرى ان يكون متعذرا مع اختلاف النوع الا ان يقال انما جا التعذر
في متحد النوع لاشتراط حصول المساواة في القدر والقيمة معا وهاهنا انما
تطلب المساواة في القيمة وحدها وذلك تسهل الوجود والاقرب انه لا تعذر
في حصول المساواة في القدر والقيمة لان ذلك مبني على حصول المساواة في القدر
والصفة معا والا لما حكم بالمثل فيهما عند الاتلاف وقال ابن المواز
ابطله مالك وهذه عندنا ان خلط قمحا وغيره بادنى منه واذا لم يخلطا في
الشركة لم تجز لانه ليس ببيع تناجز واذا كان بين الطعامين فضل بين
حرم قلت صدر هذا الكلام قريب من قول القاضي اسماعيل وذلك
اخره ووسطه مبني على ان من شرط جواز الشركة الخلط والمشهور خلافه
وقال ابن القاسم في المدونة واما ان اخرج هذا محمولة وهذا سمرا او اخرج
هذا قمحا وهذا شعيرا وقيمة ذلك متفقة او مختلفة وباع هذا نصف
طعامه بنصف طعام الاخر لم يجز على حال كيف ما شرطا كما لا اجيز
الشركة بدنانير ودراهم تتفق قيمتها قلت اما مع اختلاف القيمة فما
قاله ظاهر واما مع اتفاقها فلا مانع منه على اصل ابن القاسم وتشبيهه
بالشركة اذا كانت بدنانير من جهة وبدراهم من جهة اخرى غير بين
لاختلاف النوع في الدنانير والدراهم وهو مود عنده الى شركة وصرف
بخلاف ما ذكره في السمرا والمحمولة والقمح والشعير والله سبحانه اعلم وقال
بعض القرويين تجوز على اصل ابن القاسم الشركة بالطعامين المتفقين في
النوع اذا كان بينهما اختلاف يسير في الصفة كما تجوز في الشركة باليزيدية
والمحمدية وقوله ويمنع في الدنانير مع الدراهم والطعامين المختلفين

على

على المشهور

على المشهور فيهما ه المعية التي بين الدنانير والدراهم هنا هي ان يخرج
احدهما دنانير لا دراهم فيها ويخرج الاخر دراهم لا دنانير فيها واما لو
اخرج احدهما دنانير ودراهم واخرج الاخر مثل ذلك الدنانير والدراهم
قدرا وصفة فذلك جائز نص عليه في المدونة ولا اعلم فيه خلافا والضمير
المجرور من كلام المؤلف راجع الى المسلتين وهما مسلة الشركة بالدنانير
والدراهم ومسلة الشركة بالطعامين والمشهور في المسلتين هو مذهب المدونة
وغيرها والشاذ في مسلة الدنانير والدراهم هو قول مالك في كتاب ابن المواز
وقول سحنون ايضا والشاذ في مسلة الطعامين هو قول سحنون ويتخرج له مثل ذلك
في الدنانير والدراهم ويحتمل ان يتخرج لمالك في الطعامين قول من اجازته ذلك
في الدنانير والدراهم والقول الشاذ هو الظاهر عندي والذي احتج به في
المدونة من انه صرف وشركة غير بين لان العقود المنضمة الى الشركة انما
تمنع من صحتها اذا كانت تلك العقود خارجة عن الشركة نص على معنى
ذلك في المدونة وايضا لو كان يعد ما يخرجه كل واحد منهما مبيعا
بما يخرجه الاخر حقيقة للزم ان تمنع مسلة المدونة التي ذكرنا انه
اخرج احدهما ذهبا وفضة واخرج الاخر مثلهما لان ذلك تفاضل
معنوي قال في المدونة عن ابن القاسم وان اخرج احد الشريكين دنانير
هاشمية واخرج الاخر دنانير مثل وزنها دمشقية او اخرج هذا
دراهم يزيدية واخرج الاخر مثل وزنها محمدية وصرفهما مختلف
لم تجز الا في اختلاف يسير لا بال له وقال اللخمي القياس الا تجوز في
اليسير لان الشركة موضع الشركة كما قالوا في الشركة والاقالة في
الطعام انها جائزة على وجه المعروف ولو قال لا اقيلك الا ان توليني
ولا اشركك الا ان تشركني لم تجز لانهما خرجا بذلك عن وجه المعروف
وهذه المسلة والتي قبلها وان كانت مناسبة لهذا الموضع ولكن ذكرها

بعد هذا انسب عند قول المولف ويشترط في الذهبين اتفاق صرفهما لا
غير قال في المدونه مفرعا علي القول المشهور في الشركه بالدنانير والدراهم
فان عملا فلكل واحد راس ماله ويقتسمان الربح لكل عشره دنانير دينار
ولكل عشره دراهم درهم وكذلك الوضيعه قال وكذلك ان عرف كل
واحد السلعه التي اشتريت بماله فان السلع تباع ويقتسم الثمن كله
كما ذكرنا وقال غيره لكل واحد السلعه التي اشتريت بماله ان عرفت
ولا شركه له في سلعه الاخر وللشيوخ كلام علي هذه المسله يطول تذكاره
خشيه البعد عن كلام المولف وقوله وتجوز بالعرضين مطلقا وراس
مال كل واحد منهما ما قوم به عرضه يعني ان الشركه في التجاره تجوز
بان يكون راس مال كل واحد منهما عرضا اي عرضان وهو مراده بقوله
مطلقا حتي لو كان راس مال احدهما ثوبا مثلا وراس مال الاخر طعاما او
دنانير او دراهم قال معناه في المدونه وقال مالك في كتاب محمد وما الشركه
بالعرضين من عمل الناس وارجو ان لا يكون به باس واما قول المولف وراس
مال كل واحد منهما ما قوم به عرضه فهو مبني اذا كان العرضان مقومين
او احدهما مقوما وكذلك اذا كانا مثليين وهما مختلفا النوع واما ان كانا
متفقي النوع والصفه فانما نظر الي قيمتهما وان كان التساوي حاصلا
ليعلم مقدار ما حصل للشريكين من الربح او ما خسراه ان لم يكن ربح
وقوله فلو وقعت فاسده فراس ماله ما بيع به عرضه لا قيمته يوم
احضره علي المشهور يعني ان راس المال في الشركه الفاسده اذا كانت
بعرضين مخالف لقبض راس المال اذا كانت صحيحه لانه قدم ان راس المال
في الصحيحه هو ما قوم به كل واحد منهما عرضه واما الفاسده فذكر
المولف فيها قولين احدهما وهو المشهور بل والمنصوص ان راس المال هو
الثمن الذي بيع به العرض والقول الثاني وهو الشاذ ان راس المال هو

مخالف

وقيمه

قيمه كل واحد من العرضين يوم احضره ربه فاما القول المشهور فهو
المنصوص في المدونه واما الشاذ فلا اعلمه منصوصا وانما اجراه بعضهم
علي قول اشهب الذي يري ان التمكين في البيع الفاسد يوجب ضمان المشتري
وان لم يقبض ولم يجزم به هذا الشيخ بل جعله مما عسى ان يقال وفيه
شي وذلك ان البايع في البيع الفاسد مكن المشتري من قبض المبيع علي وجه
ليس للبايع معه تصرف واما الشركه الفاسده فان صاحب العرض وان
مكن شريكه من التصرف فيه لكن ليس علي هذا الوجه بل علي ان له معه
التصرف فيه فلم يقو هذا التمكين قوه ذلك التمكين فان قلت قد حكى اللخمي
قولا مثل القول الشاذ الذي حكاه المولف قلت ليس ذلك بقول صرح في المذهب
وانما خرجه علي القول الشاذ في اجازه الشركه بالدنانير والدراهم وليس بتخريج
صحيح لان من اوجب ضمان ما اخرجه كل واحد منهما هناك من كل واحد من الشريكين
انما راي ذلك لاعتقاده صحه تلك الشركه وكلامنا هنا انما هو في الشركه
الفاسده اذا لم يقع فيها قبض وانما وقع التمكين وحده وان اردت
تحقيق هذا فقف علي كلامه في محله يتبين لك ما ذكرناه فان قلت كلام المولف
لا يعم جميع صور هذا الفصل لانه يخرج منه ما لو باع احدهما عرضه او
عرض صاحبه بدنانير مثلا وبيع العرض الاخر بغير الدنانير والدراهم فلا
يكون راس المال حينيذ قيمه عوض ذلك العرض ويصير كمن اشتركا
بدنانير وعرض وكلام المولف وان لم يتناول هذه الصوره لفظا فهو
يتناولها معني لان الموجب لكون راس المال ما بيع به العرض في مساله المولف
هو كون العرض حينيذ بعد فايتا وان الشركه انما تمت بينهما اذ ذاك
وهذا المعني حاصل في المساله التي وقع السوال عنها قال ابن يونس فان لم
يعرفا ما بيعت به سلعه كل واحد منهما فلكل واحد قيمه عرضه يوم البيع
لان سلعه كل واحد كانت في ضمانه الي ان بيعت فما بيع افاتتهما كما قال في الطعامين

اذا اختلطا ان راس مال كل واحد قيمة طعامه يوم خلطاه لانه بالخلط فات
وهذا هو النوع الذي يذكره المولف الان في قوله فلو خلطا الطعامين فبقيمته
يوم الخلط متفقين او مختلفين كالمتساوي وروي يقسم الثمن بينهما
نصفين لعدم التعدي ه يعني فلو خلط الشريكان الطعامين اللذين
اشتركا بهما في الشركة الفاسدة ففي ذلك قولان احدهما قول ابن القاسم
في المدونة وقاله ايضا في كتاب ابن المواز ان راس مال كل واحد منهما قيمة طعامه
يوم خلطاه والقول الثاني وهي رواية لمالك في كتاب ابن المواز انهما يقتسمان
الثمن والربح نصفين قال ولا يجوز التفاضل بينهما اذا استويا في الكيل ه
فان كان الطعامان متفقين في الصفة فظاهر وان كانا مختلفين في الصفة
او في النوع على هذه الرواية فمن الشيوخ من فهمها على ان كل واحد منهما
يضمن لصاحبه مثل نصف طعامه وانما اقتسما على المساواة لانهما على
ذلك دخلا والى هذا الفهم نحا اللخمي وهو حسن ومنهم من ابقى الرواية
على ظاهرها واستشكل ما يلزم عليها وهو الشيخ ابو اسحاق قال في
توجيه هذه الرواية لان كل واحد لم يكن متعديا في خلطه وكان
الشركة وجبت بعد الخلط ولا فضل لاحدهما على صاحبه بعد الخلط
ثم قال وقد يمكن ان تكون قيمة الشعير اذا انفرد عشرة وقيمة القمح
لو انفرد عشرين فاذا اختلط القمح والشعير صارت قيمة القفيز
خمسة عشر فكيف يصح ان يقتسماه نصفين وانما زادت قيمة الشعير
بسبب اختلاط القمح به فان قلت على ماذا يعود الضمير المخفوض من قوله
فبقيمته مع تقدم التثنية في قوله الطعامين قلت يعود على الطعام وذلك
ان الكلام في قوة قولك فلو خلطا الطعامين فبقيمة كل واحد منهما والكلام
اذا كان على هذا صح للحد صح عود الضمير عليه مفردا ومثنى فان قلت
ما الذي اراده المولف بتشبيه المتفقين والمختلفين بالمتساوي قلت مراده

بالاتفاق

بالاتفاق والاختلاف في النوع او في الصفة وبالمساواة فيهما اي انه يكون
راس المال كل واحد منهما ما بيع به طعامه متغيرين في النوع او في
الصفة او مختلفين كما ان الحكم كذلك اذا كان الطعامان متساويين
في القدر والنوع والصفة فان قلت ليس الحكم في المتساويين هكذا فان
الشركة بهما صحيحة عند ابن القاسم وهي في المختلفين فاسدة قلت قد
تقدم ان هنالك يقول بفساد الشركة في الطعامين المتساويين ولو فرعنا
على قول ابن القاسم فانه لا يلزم من انتفاء فساد الشركة من هذا الوجه
الا تكون فاسدة من وجه اخر كما لو عقداها على ان العمل على احدهما او على ان
لاحدهما من الربح اكثر مما له من راس المال الى غير ذلك من وجوه الفساد
وقوله ونصح بالعرض من جانب والنقد من جانب على المشهور ه تقدم
هذا المعنى ولعل الشاذ هنا الحظ ما لحظه المشهور في منع الشركة بالذهب
والفضة لاجتماع الشركة والصرف فيجتمع هنا الشركة والبيع واجازتهم
هذه المسالة في المشهور دليل على ضعف المشهور في منع الشركة بالذهب
والفضة وقوله ويشترط في الذهبين اتفاق صرفهما الا غير ه ه
يعني انه لا بد الا باختلاف السكك اذا حصلت المساواة في الصفات المقصودة
منهما غالبا والغالب ان المقصود اذا اختلف باختلاف السكك يصير الورق
حينئذ مختلفا والله سبحانه اعلم وتقدم ان التفاوت اليسير في الصفة
مغتفر في الرواية وراى بعض الشيوخ انه لا ينبغي ان يغتفر وقوله وفي
جواز غيبة احد المالين قولان ه القول بجواز غيبة احد المالين لمالك وابن
القاسم والقول بان ذلك لا يجوز لسحنون وكانه الاقرب لان الشركة تستدعي صحة
التصرف في المالين لكل واحد من الشريكين وهذا انما يتاتى مع الحضور واختار
اللخمي القول الاول قيل يشترط على هذا القول ان يكون عملهما بعد حضور
المال الغائب وان تكون الغيبة قريبة فلو كانت بعيدة لم تجز الشركة وكذلك لو كانت

الشركة علي ان يجر الى المال الحاضر حتى يقدم الغايب قال مالك في المدونه وان
اخرج احدهما الفا والاخر الفا منها خمسمايه غايبه ثم خرج ربها ليانى
بها وخرج بجميع المال الحاضر فلم يجدها فاشترى بجميع مامعه تجاره فانما
له ثلث الفضل قال ابن القاسم ولا يرجع باجر فضل المال لشريكه تطاع احدهما
بالعمل وقال سحنون له اجر عمله فيما زاد وقال ابن المواز ان تبين انه خدعه فله
ربح ماله وان لم يخدعه فله النصف ولا اجر له على كل حال قال ابن يونس انما يجب
هذا يعنى كلام ابن المواز اذا اشترى بالمال الحاضر قبل علمه بضياع المال الغايب
لانه اشترى على ان ذلك بينهما نصفين واما لو اشترى بعد علمه بضياع المال
الغايب وان كان لم يعرفه فكيف يجب ان يكون المال بينهما والشركه لم تقع بعد
قلت وهو كلام صحيح والله سبحانه اعلم واصله للشيخ ابي اسحاق وله وللشيخ اللخمي
زيادات في كلامهما على هذه المسله وقوله ولا بد من خلط المالين تحت
ايديهما او احدهما او يشتركا بهما ه ان قلت هذه المسله مفرعه على
التي قبلها وعلي تقدير كونها مفرعه فعلي اي القولين قلت الصواب انها ليست
مفرعه عليها فان المسله السابقه مفروضه في جواز الشركه بمالين احدهما
غايب واما هذه فالكلام فيها علي ضمان المال الذي تقع فيه الشركه هل يشترط
فيه الخلط اولا مع كون المسله جايزه فقال ابن القاسم لا بد في ذلك من كون
المالين مخلوطين حقيقه او يكونا في حكم المخلوطين بان يكونا معا تحت ايديهما
كما اذا جعلا مجموع المالين في بيت واحد وجعلا عليه قفلين اخذ احدهما
مفتاح احد القفلين واخذ الاخر المفتاح الثاني ويكون المال تحت يد واحد
منهما برضا الاخر من غير ان يشترطا ذلك في اصل العقد او يشتريا بمجموع
المالين سلعه او سلعا وقال غير ابن القاسم في المدونه لا تنعقد بينهما شركه
حتى يختلطا وظاهره انه لا يعتبر الا الاختلاط المحسوس وقوله فان
شرطا نفي الاستبداد لزم وتسمى شركة عنان ه يعني ان كل ماقدمه وهو انه

ما ياتي

ما ياتي هو ان كل واحد من الشريكين يجوز تصرفه في مال الشركه بحضره صاحبه
ومع غيبته فلو شرطا انه لا يتصرف واحد منهما الا بحضره صاحبه
وموافقته علي ذلك وهو معني نفي الاستبداد لزم هذا الشرط ولا يكون مفسدا
للشركه كما قد يفسد القراض قال المولف وتسمى شركة عنان وظاهر كلامه انه
يكفي في تسميتها بهذا الاسم حصول الشرط المذكور سوا كانت في نوع من
المتاجر او لا ومنهم من قال هي الشركه في نوع مخصوص سوا حصل ذلك الشرط
او لم يحصل ومنهم من قال هي الشركه في شي بعينه اعني كثوب واحد ودابه واحده
ومنهم من يضبطها بفتح العين من عنان ومنهم من يضبطها بالكسر واختلفوا
في الاشتقاق مما ذا هو اختلافا كثيرا وفي المدونه والمفاوضه علي وجهين
اما في جميع الاشيا واما في نوع واحد من المتاجر تبيعا وضان فيه كثيرا الوثيق
تبيعا وضان فيه اذا اشتركا علي اصل مالك قال ابن القاسم واما شركة عنان فلا نعرفه
من قول مالك ولا رايت احدا من اهل الحجاز يعرفه قيل انه لم يكن يعرفوا استعمال هذا اللفظ
ببلدهم قلت وقد علق ابن القاسم الحكم على شركة العنان في غير موضع من المدونه
لكنه لم يفسرها وقوله وان الملغا التصرف في الغيبه والحضور في
البيع والشرا وغيره مما يعود علي التجاره لزم ه يعني وان جعل كل واحد منهما
لصاحبه التصرف في الغيبه والحضور في البيع والشرا وكذا ما يحتاج الي كرا بيه او
اكترايه مما يعود علي التجاره ينفع لزم هذا الاشتراط ولا شك في هذا بل هو
حاصل بمقتضى الحكم وان لم ينصا عليه ولفظ الاطلاق من كلام المولف علي
المعني الذي يستعمله الفقها واهل التوثيق وغيرهم لا علي المعني الذي يستعمله
فيه اهل الاصول وقوله فلو باع او اشترى بنسيه مضى وله ذلك ابتدا ان لم
يحجر ه لما قدم ان لكل واحد منهما ان يفعل ما يعود علي التجاره بنفع اذا كان
عن شرط احدهما تكلم علي شي مما لهما ان يفعلاه بغير شرط فذكر ان كل
واحد منهما لو باع او اشترى بنسيه فانه يمضي وزاد المولف فقال وله ذلك ابتدا

وما قاله في البيع نسيه هو المشهور وهو مذهب المدونه وروى اصبغ عن ابن القاسم
وهو في كتاب محمد لا يجوز لاحدهما ان يبيع بالدين الا باذن صاحبه ومذهب المدونه
اقرب لانه هو الغالب والعاده المطرده من الشركة في البلاد واما اشتراؤه بالدين فقال
مالك في المدونه اكره ان يخرجا مالا على ان يتجرا به وبالدين مفاوضه فان فعلا فما
اشترى به كل واحد منهما بينهما وان جاوز رؤوس اموالهما فاين هذا من كلام
المولف غير ان بعض الشيوخ قال اذا كان الشرا على النقد بعد اليومين والثلاثه
جاز وهذا لا بد للناس منه وقوله وتبرعه لا يلزم ما لم يكن استيلافا للتجاره
لما كان التبرع على خلاف ما عقدا عليه الشركة لم يلزم منه الا ما دلت العاده
عليه او كان يعود على الشركة بنفع قال ابن القاسم في المدونه وان اخر احدهما
غريما بدين او وضع له عنه نظرا واستيلافا في التجاره ليشتري منه في المستقبل
جاز وكذلك الوكيل على البيع اذا كان مفوضا اليه قال الشيخ ابو الحسن اللخمي وقد قيل
لا يجوز اراده الاستيلاف لانه من باب سلفه بزياده قال والاول احسن قال ابن القاسم
في المدونه وليس لاحد المتفاوضين ان يعير من مال الشركة الا ان يعوض له
صاحبه في ذلك او يكون شيا خفيفا كعاريه غلام يسقي دابه ونحوه فارجوا
الا يكون به باس قال والعاريه من المعروف الذي ليس لاحدهما ان يفعله في
مال الشركة الا باذن صاحبه الا ان يكون اراد به استيلافا في التجاره فلا يضمن
وقوله ويطالب كل واحد منهما بتوابع معامله الاخر يعني ان كل واحد
منهما وكيل عن صاحبه فيطالب من لم يتول المعامله بتوابع معامله من تولاها
كما يطالب الوكيل بتوابع المعامله التي تولاها وكيله فاذا باع احدهما سلعه
فاستحقت من يد المشتري فلذلك المشتري ان يرجع بالثمن على كل واحد من
الشريكين ولا يختص كلامه مع من تولى البيع منه كما له ذلك في الرد بالعيب
على ما يقوله المولف الان وقوله ويرد بعيب وغيره يعني انه يرد بعيب
المطلع عليه سواء كان فيما تولى هو شراه او تولاه شريكه او وكيلهما وشبهه

من عامل

51

من عامل في قراض ووجه ذلك بين اما ما يخصه هو من السلعه فظاهر
واما ما يخص شريكه فلانه وكيل له واما قول المولف وغيره فيحتمل ان يريد
به ما يشبه العيب من استحقاق جزء من السلعه المشتراه يوجب للمشتري بها
الخيار فلكل واحد منهما الرد بسبب ذلك وكذلك الرد بسبب فساد البيع وكذلك
يمضي بيع الخيار او يرده او يقيل اذا لم يكن على وجه المعروف وقوله
ويرد عليه بالعيب بالبينه انه ابتاعه على العهده من شريكه فان كان قريب
الغيبه انتظر يعني ان من اشترى من احدهما سلعه فاطلع فيها على عيب
قديم واقام البينه مع ذلك انه ابتاع على عهده الاسلام فلا يخلو متولي
البيع من هذا المشتري اما ان يكون حاضرا او غايبا فان كان حاضرا كان
كلام المشتري معه وحده لان متولي البيع اقعد بحال المبيع من شريكه الذي
لم يتول البيع وفي معنى الحاضر من كانت غيبته قريبه فينتظر وهذا كله
قد اشعر به كلام المولف وذكر المساله في المدونه ومثل فيها الغيبه
القريبه باليوم ونحوه وان كانت غيبه البايع بعيده فللمشتري الرد
على الشريك الذي لم يتول البيع معه وله اخذ الثمن منه ان قامت بينته
انه نقد الثمن وهو هكذا قال في المدونه فان كان العيب قديما لا يحدث
مثله رد العيب على الشريك الحاضر وان كان يحدث مثله فعلى المبتاع البينه
ان العيب كان عند البايع والا حلف الشريك بالله ما علم ان هذا العيب
كان عندنا ويرى قبل يحلف على العلم في الظاهر والخفي لا يعتبره تولي
البيع كالوارث ولو كان كلام المشتري مع الشريك الذي تولى البيع لحلف
البايع على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفي كما تقدم في محله قال اللخمي
وان لم تقم البينه للمشتري انه ابتاع على عهده الاسلام يعني في العيب
القديم وكانت العاده البيع على البراءه لم يرد بهذا العيب وان اختلفت
العاده حلف انه اشترى على العهده ورده قال وان كان العيب مشكوكا في قدمه

وكان اشترا البايع لذلك العبد وبيعه في غيبه الحاضر الان او حضوره
وباعه بالحضره قبل علم الحاضر لم يكن على الحاضر يمين وان كان اشتراه
له بحضرته وعاب عليه او كان هذا هو المتولي للشرا حلف على ذلك
العيب فان حلف ثم قدم الغايب حلف ايضا فان نكل حلف المشتري ورد
جميعه لانه لو كان حاضرا احلفهما جميعا وان حلف احدهما ونكل الاخر
حلف المشتري ورد جميعه لانه لو اقر احدهما وانكر الاخر رد جميعه
باقرار المقر منهما وان نكل الحاضر حلف المشتري ثم لا يكون للغايب
في ذلك مقال اذا قدم الا ان يثبت انه كان بين ذلك للمشتري فان نكل المشتري
عن اليمين ثم سقط مقاله في الرد الان وبعد ان يقدم الغايب لانه لو كان
حاضرا ونكلا عن اليمين ثم نكل المشتري بعد نكولهما لم يكن له شي
وقوله ولو اقر احدهما بعد الافتراق بدين لزم المقر حصته
يعني ولا يلزم الاخر مما اقر به هذا شي وقال سحنون يلزمهما معا
ما اقر به احدهما من دين بعد الافتراق وهو اظهر اذا كان ذلك بقرب
افتراقهما وهذا هو محل الخلاف عند اللخمي وهذه المسله وما قبلها
وما بعدها في المتفاوضين لا في الشريكين المخصوصين ومفهوم كلام
المولف انه لو اقر احدهما قبل الافتراق لكان الحكم على خلاف هذا
ويقبل اقرار المقر عليهما وذلك هو الحكم نص عليه في المدونه اذا
كان لاجنبي ممن لا يتهم عليه قال وان اقر احدهما بدين من شركتهما
لابويه او لولده او لجده او جدته او زوجته او صديق ملاطف ومن
يتهم عليه لم يجز ذلك على شريكه وخرج في هذه بعض الشيوخ قولا بصحه
الاقرار من احد القولين في اقرار من تبين فلسه لمن يتهم عليه وقوله
ولو اقام الحي منهما بينه ان مايه من المال كانت بيد الميت فلم توجد ولا
علم مسقطها فان قرب موته من قبضها بحيث لا يظن به اشتغالها في المال

فهي في

فهي في حصته والا فلا اي والا فلا يلزمه شي وهذه المسله ظاهره وشبهها
في المدونه بالتي ذكر المولف بعدها وهي قوله ولو اقر الشريك ان بيده مايه
من المال ففرق ابن القاسم بين طويل المده وقصرها غيران في المدونه نص على
ان المسله مفروضه في موت احد الشريكين وظاهر كلام المولف انهما معا
حيان سال احدهما صاحبه عن المايه التي بيده فقال الاخر هي في مال التجاره
قد شغلتها والذي في المدونه بعد ان ذكر المسله قوله هذه ارايت لو قالت
البينه انه قبضها منذ سنه وهما يتجران تلزمه اي انه لا شي عليه انتهى قوله
وقول المولف واما لو اشهد انه اخذها لم يبرا الا بالاشهاد انه ردها
فهذا الكلام ذكره ابن المواز فلم يقيده بمسله ابن القاسم فقال اما ان اشهد
شاهدين على نفسه باخذه المايه لم يبرا منها الا بشاهدين انه ردها طال
ذلك او قصر واما ان كان اقرارا من غير قصد للاشهاد فكما ذكر ابن القاسم
من طول المده وقصرها قلت اراد ابن المواز هنا ان الشريك قصد الى
تحصين المال الذي اشهد عليه بشاهدين فلا يبعد والا فلا فرق وقد قالوا
في الشهاده على الوديعه التي لا يقبل فيها قول المودع انه ردها الا ببينه
ان معناها ان يقصد رب الوديعه التوثيق لحقه بتلك الشهاده فياتي
بالشهود ليشهدهم على دفع الوديعه للمودع واما لو دفعها له بحضره
قوم عاينوا قبضها ولم يقصد الى التوثق باشهادهم فيكون حكم هذه
الوديعه حكم وديعه دفعت بغير شهاده ويقبل قول المودع في الرد
بغير بينه قال ابن سحنون كتب شجره الى سحنون فيمن دفع عن اخيه مفاوضه
صداق امراته ولم يذكر انه من ماله ولا من مال اخيه فمات الدافع فقام
ورثته فطلبوا اليه ان دفع وهما متفاوضان ثم اقام سنين لم يره لا يطلب اخاه
فهذا ضعيف وان كان بحضره ذلك فذلك بينهما شطرين وقوله وتجانسه
والربح على المال والعمل على نسبته يعني ان الربح وفي معناه الخساره تكون على

نسبه تجزيه المال بينهما فان كان لكل واحد منهما نصف المال كان له نصف الربح
وان كان لاحدهما الثلث او الربع وللاخر بقيه المال كان لصاحب الجزا الاقل من
الربح الثلث او الربع وعلي هذه النسبه يكون العمل بينهما قحد والمولف بينته
من المعطوف عليه واثبتها في المعطوف والاصل المستعمل في لسان العرب
وهو لا تتعدى لتشخص الاحد الاجزو الجز قال تعالي ووهبنا له يحيي ووهبنا
لداود سليمان لا هب لك علاما ذكيا الي غير ذلك من الاي وقوله والقول
قول من يدعي التلف والخسران وما يشتريه لنفسه ● يعني ان الشريكين
من بيده منهما شي من مال الشركه فهو فيه امين فالقول قوله انه ضاع
او خسر فيه ولكن مع ذلك لا ينبغي ان يقبل قوله الا بعد عدم المعارض
قال الباجي قد قال بعض اصحابنا في العامل في القراض يدعي الخساره ولم
يبين وجهها انه يضمن واما قول المولف وما يشتريه لنفسه فما مصوبه
معطوفه على ما قبلها من التلف والخسران اي القول قول الشريك فيما يشتريه
لنفسه من ماكول وملبوس وما في معناها اذا كان يشبه ذلك حاله فيما ينفقه
ويكتسي به وليس له ان ياخذ شيا من مال الشركه ليشتري به ما يحتاج فيه لنفسه
لانه خلاف ما عقدا عليه وقوله ونفقتهما وكسوتهما بالمعروف
ملغاه في بلدين كانا او في بلد والسعر واحد او مختلف وقيل انما تلغى في غير
اوطانهما بعيال او بغير عيال ● يعني ان نفقه الشريكين المتفاوضين
وكسوتهما لا تحسب عليهما وهي من جمله المال ملغاه بشرط ان تكون بالمعروف
لا سرف فيها سوا اتحد مكانهما او اختلف اتحد السعران او اختلفا وسوا كانا
معا بغير عيال او كان كل واحد منهما بعيال وقول المولف بعيال او بغير
عيال من تمام القول الاول لا من تمام القول الثاني ولعل الموجب لهذا هو
العاده وصعوبه ضبط هذا مقدار النفقه كل يوم مع قله النفقه في كثره
ماليهما وهذا هو المعروف في المذهب واما القول الثاني فلا اذكر من قاله في المذهب

ووجهه

ووجهه ان ثبت قياسا على نفقه العامل في القراض فانها تجب في السفر
وتسقط في بلده وكان القياس على هذا ان لا تجب لهما كسوه الا في المال الكثير
على ما هو الحكم في القراض قال والقياس اذا كان البلدان قرارا لهما ان تحاسب
من كان في البلد الغالي بما بين السعرين وان لم يكن واحد منهما في قراره لم
تحسبا ما بين السعرين وان كان احدهما في قراره وهو اعلاهما سعرا حوسب
بما بين السعرين وان كان الاخر اغلاهما لم يحاسب بذلك الفضل لانه
خرج بسبب المال وقال بعض الشيوخ ينبغي ان لو كان لكل واحد عيال واختلف
اسعار البلدين اختلافا بينا ان تحسب النفقه اذ نفقه العيال ليست من
التجاره وهذا يشهد له ما قاله ابن القاسم في روايه سليمان اذا كانا في بلد
واحد ولهما عيال انما تلغى نفقتهما اذا تقاربا في العيال وقوله فان كان
لاحدهما عيال دون الاخر حسب كل واحد نفقته ● بهذا الفرع استغنى
المولف عن تقييد المسله المذكوره فوق هذا بما نص عليه ابن القاسم
في روايه سليمان ومقتضى هذا ايضا انه لو كان احد الشريكين من عادته
ان يكتفي بالنفقه اليسيره وبالكسوه التي لا كبير ثمن لها كمن ياكل الشعير
ويلبس الصوف وهذا شانه وعادته والاخر على مقابل ذلك وكان عيال
لهما ان يحسبا معا نفقتهما ولا يلغياها وكل ما ذكر في هذا الفصل
من الغا النفقه انما هو اذا كانت الشركه على النصف فان كانت الشركه بينهما
اثلاثا فتحسب نفقه كل واحد منهما وقوله وينقطع التصرف بموت احدهما
يعني ان عقد الشركه بينهما اوجب لكل واحد منهما نصف المال ملكا
والتصرف في جميع المال فاذا مات احدهما انقطع تصرف الاخر وبقي الملك
على ما كان عليه وهذا اذا علم الحي بموت شريكه واما اذا لم يعلم بموته
حتى اشترى سلعه فينبغي ان يمضي شراوه فيها على ما قاله في المدونه
في الوكيل وعلى ما قاله ايضا في عامل القراض قال في كتاب الشركه من المدونه وان

ابضع احدهما مع رجل دنانير من الشركة فلم يشتر بها شيئا ثم علم الرجل
بموت الذي بعثها معه او بموت شريكه فان علم انها من الشركة فلا يشتري بها
شيئا وليردها على الباقي وعلى الورثة وان بلغه افتراقهما فله ان يشتري
لان ذلك ابضاع بعد وفي الموت يقع للورثة بعضها وهم لم يامروه بذلك
وقوله واذا ما ادعيا في قدر المال حمل على النصف يعني انهما تقاررا
على المفاوضة واختلفا في التجزية فقال احدهما مثلا هي انصاف وقال
الاخر بل لي الثلثان فاراد المولف والله سبحانه اعلم ان المال الامر بينهما على
الغالب من الشركة او لان كل واحد منهما حايز لمثل ما حازه صاحبه ويحلف
من قال منهما انها انصاف ويقضى له على صاحبه لكن هذا مذهب اشهب الا في
اليمين على ما نقف عليه قال ابن المواز عن ابن القاسم في شريكين ارادا
المفاصلة فقال احدهما لك الثلث ولي الثلثان وقال الاخر المال بيننا
نصفين وليس المال بيد احدهما دون صاحبه فقال فلمدعي الثلثين النصف
ولمدعي النصف الثلث ويقتسم السدس بينهما نصفين وعلى هذا ثبت ابن
القاسم وقال اشهب المال بينهما نصفين بعد ايمانهما لان كل واحد
حايز للنصف ولهذا فالذي ذكره المولف مثل هذا الا ان قول اشهب
بعد ايمانهما ظاهره انه يحلف كل واحد منهما وحلف من ادعى الثلثين
له ثم ياخذ النصف لاحتماله الاصول والله سبحانه اعلم ولما ذكر اللخمي
مسئلة المدونة اذا قامت البينة على رجل انه مفاوض لاخر قال اللخمي ولو
اقر يعني بالمفاوضة واختلفا في الاجزاء فقال احدهما نصفين وقال الاخر
لك الثلث ولي الثلثان لاقتسما السدس على اصله نصفين لان المفاوضة
تقتضي كون ايديهما على جميع املاكهما وتصرف كل واحد منهما فيه مع امكان
ان يكون ذلك نصفين او الثلث والثلثين لانهما لو تفاوضا جميعا لان
ذلك يقع على جميع المال وعلى بعضه وقوله وفي شيء بيد احدهما فهو

للشركة

للشركة هذه مسئلة المدونة لكنها في المدونة في قيام البينة لا في الاقرار
بالمفاوضة قال فيها وهي اذا قامت بينة ان فلانا مفاوضه كان جميع ما بايديهما
بينهما الا ما قامت عليه البينة انه لاحدهما بارث او هبة او صدقة عليه
او كان له قبل التفاوض وانه لم يفاوض عليه فيكون له خاصة والمفاوضة
فيما سواه تامة والحق بعض الشيوخ بهذا اذا اقام احدهما البينة ان الاخر
شريكه قال ولا فرق بينهما الا ان المفاوضة فيها اجازة بيع كل واحد
منهما قال ونحوه لسحنون وفي كتاب ابن سحنون من اقر انه شريك فلان في القليل
والكثير كانا متفاوضين في كل ما بايديهما الا انه لا يجوز اقرار احدهما
على الاخر بالدين ولا بالوديعة ولو تقاررا انهما شريكان في التجارات
كان ما بايديهما من التجارات بينهما ولا يدخل في ذلك مسكن ولا خادم ولا
طعام وان قال احدهما هذا المال الذي في يدي ليس من الشركة انما اصبته
من ميراث او جايزة او هو بضاعة لرجل او وديعة صدق مع يمينه
الا ان يقيم الاخر البينة انه من الشركة او انه كان في يديه يوم اقر فان اقر
انه كان في يديه يوم اقر بالشركة كان منها لا العين من التجارة ولو كان في
يده متاع من متاع التجارة وقال ليس هو منها ولم يزل في يدي قبل الشركة
كان بينهما ولم يصدق قال وان كان قال فلان شريكي في متاع لم اصدق مع
يمينه وان قال في حانوت في يديه فلان شريكي فيها فيما ثم ادخلت فيه
عدلا وقال ليس هو من الشركة وقال الاخر قد كان في الحانوت يوم اقراره كان
القول قول من قال انه كان فيه الا ان يقيم الاخر بينة انه لم يكن فيه وقال
سحنون ايضا واشهب لا يكون بينهما ويصدق من قال انه ادخله بعد الاقرار
لان ما في الحانوت غير معلوم ومسايل هذا الفصل كثيرة ولنقتصر على هذا
القدر منها فهو الالين بكلام المولف وقوله ولو اشترى من المال جارية
لنفسه خير الاخر في ردها شركة كالمقارض لا كالمودع تريد ان مال الشركة

لكل واحد منهما فيه من الحق مثل ما للآخر وقد قبضاه على التنمية فليس لاحدهما
ان يستبد بربحه عن الآخر بخلاف المودع فانه لم يقبض المال على التنمية فاذا
تعدى احد الشريكين فاخذ دنانير او دراهم من مال الشركة فاشترى
بها لنفسه جارية او غيرها من السلع كان الشريك الآخر بالخيار عليه اما
ان يجيز فعله ويضمنه نصف الثمن واما ان يرد تلك السلعة على الشركة
كما كان ثمنها ولو ساغ لمشتريها الاستبداد بثمنها او بها لساغ له ذلك في
غيرها وذلك يؤدي الى انفراده بالربح عن شريكه وهو خلاف ما عقداه من
الشركة بينهما ويتاكد ذلك في الشركة عن القراض لان عقد الشركة لازم
لكن سبب الحكم في الحقيقة انما هو كون الشريك قبض المال لاجل التنمية
ولذلك شبهه المؤلف بالقراض واما المودع دنانير او دراهم يشتري بها لنفسه
شيا فلا كلام لربها الا في مثلها لان المودع لم يقبضها الا للحفظ لا للتنمية
فلذلك كان له الانفراد بالربح وينبغي على القول بان الدنانير والدراهم تتعين
ان يكون مالك الوديعة مخيرا في فسخ شرا المودع كما كان مخيرا لو كانت الوديعة
غير الدنانير والدراهم قال في المدونة بعد ان ذكر ما قاله المؤلف هنا وليس
من فعل ذلك من احد المتفاوضين كغاصب للثمن او متعد في وديعة ابتاع
بها سلعة هذا ليس عليه لرب الدنانير الا مثل دنانيره ولكنه كمبضع
معه في شرا سلعة او مقارض تعدى فرب المال مخير في اخذ ما اشترى
او تركه لان هولا اذن لهم في تحريك المال فكل متعد سنة تحمل عليها
فان قلت قد قال ابن القاسم في الوصي يتجر لنفسه من مال المحجور انه يستحب له
ان يعطي ربح ذلك المال للمحجور ولم يوجب ذلك عليه مع انه اذن له في
تحريك المال قلت الاذن مختلف لان المقصود من الوصي حفظه للمال ولكنه يستحب
له ان يتجر لليتيم بخلاف الشريك وعامل القراض وشبههما ليس المقصود
من دفع المال لهما هو حفظ المال بل المقصود الاهم من دفعه لهما انما

هو تنميته

هو تنميته فلذلك حكم للوصي بحكم المودع غير انه لما خالف المودع من حيث
كان له التصرف في المال بالتنمية على طريق التبع حصل هناك شبه ما بعامل
القراض فاستحب له اعطا ربح ذلك المال لربه وهو المحجور والله سبحانه اعلم
وقوله ولو وطي جارية للشركة فللآخر تقويمها او ابقاوها وقيل
تتعين معا ومثلهما لها وقال ابن القاسم تتعين ان كانت في شركة مفاوضة
واما لو كان باذنه تعين التقويم • يعني لو وطي احد الشريكين امة شركة
بينهما ولم تحمل ففيها ثلاثة اقوال احدها ان الشريك الذي لم يطا بالخيار
ان شا قومها على الواطي وان شا ابقاها بينهما على ما كانت عليه القول
الثاني انهما يتقاويانها خاصة بمعنى انهما يعرضانها للبيع فاذا وقفت
على ثمن كان لاحدهما ان ياخذها بذلك الثمن الا ان يعطي الشريك الآخر فيها
اكثر من ذلك الثمن وهذا والله سبحانه اعلم اذا لم يرض له الشريك بملكها
بالثمن او بالقيمة والقول الثالث انه ينظر في شركتهما فان كانت مفاوضة
حكم فيها بما في القول الثاني وان لم تكن كذلك بل كانا شريكين في الامة
وحدها وشبه ذلك مما ليس بشركة التجارة فالحكم التقويم واما القول
الاول فهو ظاهر قول غير ابن القاسم والقول الثاني هو ظاهر قول ابن القاسم
في المدونة ايضا واما القول الثالث فلا اعلمه لابن القاسم غير ان مالكا قال
في المدونة اذا كان كل واحد منهما يشتري امة من مال الشركة يطاها ثم يبيعها
ويرد ثمنها في راس المال فلا خير في ذلك قيل فما يصنعان بما في ايديهما
من الجواري مما قد اشترياها على هذا قال يتقاويانها فيما بينهما فمن صارت
له الامة كانت له بثمن معلوم وحل له الوطء فلو بقي هذا القول على هذا
الوجه لكان معناه قريبا من القول الثالث غير انه منسوب لمالك كما تراه لا
لابن القاسم ولكن قال ابن القاسم متمما له وان شا الشريك انفذها
لشريكه الذي وطيها بالثمن الذي اشتراها به فان لم ينفذها بالثمن وقال

لا قاويه فيها ولكن اودها في الشركة لم يكن له ذلك وقال غيره له ذلك
فاذا كان كلام ابن القاسم متمما لقول مالك لم يبق للقول الثالث وجود ولا
شبه لابن القاسم ولو ثبت لما ظهر له وجه بين واختار اللخمي التفرقة
بين ان يكون الشريك فعل ذلك جهلا معتقدا الجواز فيجوز ابقاوها على
الشركة وتحت ايديهما كما قال غير ابن القاسم وبين ان يكون وطيه لها وهو
عالم بان ذلك لا يجوز فهذه تجوز بقاوها على الشركة الا انها تكون
تحت يد الشريك الاخر بشرط ان يكون مامونا والا جعلت على يدي امين
واحتج بما قاله ابن القاسم في كتاب المدنيين فيمن وطي اخته من الرضاعة
بملك اليمين انها تباع عليه اذا كان عالما وان كان جاهلا يظن ان ذلك يجوز
له ولا يتهم في حاله على العودة بمثل ذلك لم تبع عليه والاقرب ما قاله
غير ابن القاسم في المدونة لموافقته الاصول قال ابن المواز انما تكون المقاومة
بين الشريكين اذا اراد الوطء قبل الوطء فاما اذا وطي احدهما فقد لزمته
القيمة ان شاء شريكه وتعقب التونسي قول ابن المواز هذا حيث علق لزوم
القيمة على مشيئة الشريك لان ظاهر تقسيم ابن المواز ان الوطء كان بعد
مشيئة الشريك وعلى هذا التقدير تفوت بالوطء كالامة المحللة وان
كان مراد ابن المواز ان الوطء كان بغير اذن الشريك فلا فرق وله ان يترك
له الجارية ويقاويه فيها وقوله فلو حملت قومت • يعني ان كلامه
فيما تقدم مقصور على ما اذا وطئت ولم تحمل واما اذا حملت فلا اشكال انها
تقوم وهذا صحيح اذا كان الشرا للوطء مادون الشريك او اشتريت للتجارة خاصة
لا للوطء لكن وطيها احدهما باذن شريكه فهي كالامة المحللة واما لو
وطيها بغير اذن شريكه فيفصل فيها على ما علم من المشهور بين ان يكون
الواطي مليا او معدما وقوله ولو اشترى من المال جارية او كسوة
معتادا لنفسه فهي له اذ على ذلك دخلا بخلاف نفيسها • يعني لو

اشترى احد

اشترى احد المتفاوضين لنفسه ما يحتاج اليه هو وعياله من نفقة وكسوة ما يليق
بمثله صح ذلك ولزم شريكه الاخر وجهه كما قال المولف انهما على ذلك دخلا فلا
تعدي فيه من احدهما وقد تقدمت الاشارة الى هذا وقوله وشرط شركة
العمل الاتحاد فيه وفي المكان • تقدم ان مذهب مالك جواز شركة الابدان وحدث
المولف هنا في شرطها وهو ان يكون صنعتهما واحدة فلا تجوز الشركة بين
مختلفي الصنعة كخياط ونجار لما يتشاعر ذلك من الغرر لانه يمكن ان يعمل
احدهما ولا يعمل الاخر شيا ثم انه يعطيه نصف ما اخذ عن غير عمل منه
وذلك اكل المال بالباطل وهو مراد المولف بقوله الاتحاد فيه ولهذا المعنى
شرط ايضا الاتحاد في المكان خشية ان يعمل احدهما دون الاخر اذا افترق مكانهما
واجاز في العتبية ان يكونا في مكانين اذا اتحدت الصنعة وتول ذلك على
تقارب المكانين مع نفاق الصنعة فيهما وكون كل واحد منهما معينا لصاحبه
او يمكن اعانته له وكذلك تؤول ما في ظاهر كتاب محمد وما اجازه ابن حبيب اذا اشتركا
في رقاب الدواب على ان يحتطبا عليها ان يفترقا فقيل لعل ذلك لان الاغلب دوس
اموالهما في الدواب فاشبه شركة التجارة واما اذا كانا يحتطبان على ظهورهما
فلا يجوز الا ان يتعاونا في مكان واحد قال مرتا ولهذا الكلام ولو احتطبا
هذا في ناحية وهذا في ناحية والموضع واحد الا انهما لا يتعاونان لم يجز ولا
بد مع ما ذكره المولف من مساواتهما في المعرفة بالصناعة والنهوض في العمل
او التقارب في ذلك فان كان احدهما اعرف من الاخر بكثير او انهض منه في العمل لم
تجز الشركة الا على تفاضل ما يحدثانه فيها كما لو كان احدهما يعمل ضعف ما يعمله
الاخر فلا تجوز الشركة الا على ان يكون له ثلثا الفائدة وللاخر الثلث ولو كان
احدهما اعرف يسيرا او انهض كذلك جاز شرط التساوي اذ المساواة من كل
الوجوه متعذرة والله سبحانه اعلم قال ابو عبد الله الدكي لو كان المعلمان احدهما
قارئ والاخر حاسب واشتركا على ان يكتسبا يقتسما على قدر عملهما فيجري خلاف

على جميع الرجلين سلعتيهما في البيع قلت وعلى هذا تجوز الشركة بين ذوي صنعة
مع اختلاف في صنعتهما الا ان ذلك في الصنعتين المتلازمتين وقوله فان كانت
الاداة لاحدهما فله الاجرة ويجوز التطوع بالتافه منها • يعني ان ما قدر الكلام
عليه هو في الصانعين اللذين لا يحتاجان في صنعتهما الى آلة او يحتاجان الى آلة
ليس لها كبير قدر كالخياطة فان كانت صنعتهما تفتقر الى آلة معتبرة ولها
اجرة كالنجارة فالاصل ان يكون جميع الآلة لهما ملكا او كراء من غيرهما على
جزئية العمل وهل يجوز ان يكتري احدهما من صاحبه نصفها ان كانت الشركة
بينهما انصافا او يكون لكل واحد منهما آلة وهي مساوية لآلة الآخر في
ذلك قولان مذهب المدونة جوازه والقول الثاني في العتبية منعه والذي في
المدونة هو المشهور وهو الذي حكاه المؤلف هنا واما قوله ويجوز التطوع بالتافه
منها فقد تقدم ما يشبهه في شركة الاموال وان في ذلك قولين المشهور الجواز
والشاذ المنع وهذا القدر الذي ذكره المؤلف من شركة العمل هو اصل الباب ولا بد
في كل فصل من فصوله منه وينبني عليه مسائل من احكام صحيح هذا الباب وفاسده
تركناها لانه خروج عن الكلمة وقوله ولا تصح شركة الوجوه وفسرت بان
يبيع الوجيه مال الخامل ببعض ربحه وقيل هي شركة الذمم يشتريان ويبيعان
والربح بينهما من غير مال • يعني ان شركة الوجوه متفق على منعها ولكنه
اختلف في تفسيرها فمنهم من فسرها بان الوجوه جمع وجه بمعنى شريف
يقال فلان وجه بني فلان اي خيارهم وشريفهم او رئيسهم وشبه ذلك وكثيرا
ما يرغب من لا معرفة عنده باوصاف السلع ولا بقيمتها في سلع اهل السوق
لاعتقادهم ان امثل السوق لا يتجرون الا في اعالي السلع وجيدها وان فقرا
الاسواق على مقابل ذلك فيقصد من لا يرغب في سلعته ان يدفعها لمن يرغب
في سلعته ليبيع له بعض السلع بجزء من الربح فهذا حاصله يرجع الى الاجارة
المجهولة وهذا التفسير مذكور عن بعض العلماء فان كان مذهبه موافقا لمذهبنا

فلا خفا

فلا خفا بسبب المنع والا فيمكن ان يمنع هذه الصورة اما للجهالة في الاجرة
واما لانه تدليس على المشتري لان من اهل العلم من اجاز الجهالة في الاجارة
والتدليس هنا هو الايهام الذي حصل على المشتري بسبب اللبس ان هذه
السلعة مما يرغب فيها فقد كره جماعة منهم اهل المذهب خلط البلدي من
السلع بالمجلوب وان كانت صفتها واحدة وكذلك منع اهل المذهب خلط
سلعة من غير التركة بالتركة وكذلك منعوا ان يخرج التاجر من اهل السوق
سلعة من حانوته فيعطيها لمن يبيعها على انها ليست من سلع تجار السوق
وهو الذي يسميه اهل العصر ومن قبلهم بالفرج فعلى هذا يمنع هذه
المسالة التي ذكر المؤلف ولو كانت الاجرة فيها معلومة ومنهم من فسر هذه
الشركة بانها شركة الذمم ومعناها ان يشتري كل انسان ويقول البائع
منه على معرفة وجهه او ذاته ان كان المقصود من الوجه هو الذات
كما تقول ضمان الوجه من غير مال عندهما وهذا تفسير القاضي عبد الوهاب
وقال مالك انها تمتنع لان كل واحد منهما يقول لصاحبه تحمل عني واتحمل عنك
وهو راجع الى الضمان بالجعل فان قلت قد تقدم انه يجوز على المذهب ان
يشترك جماعة في سلعة يشترونها بثمن الى اجل على ان كل واحد منهم ضامن
لاصحابه كما في مسالة ستة الحملا قلت انما اجاز مالك هذه الصورة وشبهها
استنادا منه لعمل الماضين على ما كما قدمنا وايضا فان في شركة الذمم زيادة على
هذا المعنى لان كل واحد منهما قد يشتري اقل من صاحبه او اكثر او مساويا
له وهذه جهالة مضمومة الى الضمان بالجعل حتى انه لو قدرنا ان الضمان بالجعل
جائز لامكن ان لا تجوز هذه الصورة وقوله وكلاهما فاسد وتفسخ كالتابيد
لقوله اولا ولا تصح شركة الوجوه فان ما لا يصح فاسد والاصل في الفاسد انه يفسخ
وقد تقدم توجيه عدم صحة كل واحد من الشركتين وقوله وما اشترياه
فبينهما على الاشهر • يعني ان ما اشتراه كل واحد منهما او واحد منهما

الذمم

في شركة الذمم فهو بينهما على اشهر القولين وهو قول ابن القاسم والقول
الثاني ان كل واحد منهما يختص بما اشتراه وهو قول سحنون والاول هو الظاهر
لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء لكن بعوض فاسد والاصل ان فساد
العوض في الوكالة لا يوجب للوكيل ملك ما اشتراه لمن وكله باتفاق في المذهب فيما
علمت قال الشيخ اللخمي فان كان البايع عالما بالشركة ولم يعلم بفساد ما عقداه كان
له ان ياخذ الموسر الحاضر منهما بجميع الثمن وان لم يكن هو المتولي للشرا وان
كان عالما بفسادها لم يكن له ذلك واخذ هذا بنصف الثمن ولم يطالبه بالحمالة
عن الاخر وان لم يكن عالما بالشركة وكان الموسر الحاضر هو المتولي كان للبايع
ان ياخذه بجميع الثمن لانه دخل على ان المبايعة منه ولم يدخل معه على انه
وكيل لغيره في النصف الاخر وان كان الحاضر الموسر الذي لم يتول الشرا اخذه
بنصف الثمن لا اكثر من ذلك لان البايع لما لم يعلم بالشركة لم يدخل على حمالة
هذا وكان له ان ياخذه بنصف الثمن لانه ملك نصف سلعته وقوله واما
اشتر هذه السلعة لي ولك فوكالة مقصورة وان حصلت شركة كما لو اشترى
حرها او ورثاها • يعني فلو دفع رجل الى اخر دراهم قدر نصف ثمن سلعة
مثلا او لم يدفع له شيا وقال له اشتر هذه السلعة لي ولك فانها وكالة
تستلزم شركة مخصوصة في سلعة مخصوصة كما لو اشترى رجل من اخر
نصف سلعة على الشياع فان هذا بيع استلزم حصول الشركة وكذا لو ورث
اخوان او ابنا عم سلعة فانها شركة مخصوصة فليست من شركة الذمم ولا
من شركة التجارة في شي ولكن المولف لما انقضى كلامه في شركة التجارة التي لا
يقصد بها سلعة معينة اراد ان يتكلم على حكم الشركة المخصوصة
فتوسل بالكلام على هذه المسلة واتى بلفظ اما كان هذه الصورة مستثناة
مما تقدم ولو كانت مسلة المولف هذه على ان احدهما ينقد عن صاحبه لكانت شركة
مستلزمة للسلف لكن قال مالك في الموطا في الرجل يقول للرجل اشتر هذه

الى ذلك

بيني وبينك وانقد عني وانا ابيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد
عني وانا ابيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على ان يبيعها له
فظاهره انه لولا قوله وانا ابيعها لك لجازت المسلة لانه معروف صنعه
احدهما مع صاحبه من غير عوض وذلك سلفه له الثمن مع تولي الشرا عنه
وانما دخل الفساد من تولي البيع عنه عوضا عن ذلك السلف فان وقعت
هذه الصورة فاسدة من الوجه الذي ذكره مالك فقال الباجي تكون السلعة
بينهما وليس عليه بيع حظ المسلف من السلعة الا ان يستاجره بعد ذلك
استيجارا صحيحا وعليه ما اسلفه نقدا وان كان قد باع فله اجر مثله
في بيع نصيب المسلف ولو طهر عليه قبل النقد لا مسك المسلف ولم ينقد
وهما في السلعة شريكان يبيع كل واحد منهما نصيبه ان شا او يستاجر عليه
هذا اذا كان السلف من جانب متولي الشرا منهما واما لو كان السلف من جانب
من لم يتول الشرا فقال ابو عمر ابن عبد البر اختلف قول مالك في الذي يسلف
رجلا سلفا ليشاركه وذلك منه على وجه الرفق والمعروف قال ابن القاسم
فاجازه مالك مرة ومرة كرهه واختار ابن القاسم جوازه وان كان انما اسلفه
لبصره بالتجارة وتشاركه على ذلك لم يجز لانه سلف جر نفعا وقوله
وكما لو اشترى سلعة في سوقها للبيع لا للقنية ولا لسفر وغيره من اهلها
حاضر ولم يتكلم فانه يجبر له ان شا ما لم يبين انها له خاصة • هذا الكلام
معطوف على المشبه به قبله وهي المسلة المعروفة بشركة الجبر واتفق مالك
واصحابه على القول بها وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بها قال مالك في
العتبية وانما رايت ذلك خوفا ان يفسد الناس بعضهم على بعض اذا لم
يقض لهم بهذا فياتي منه باب فساد وذلك من الرفق والصلاح بالناس
ومعنى ما ذكره المولف من هذا هو ان من تولى شرا سلعة في سوقها المعروف
بها وكان شراوه اياها قصدا به التجارة لا القنية وعلى ان يبيعها ببلده

لا انه يساومونها وغيرهم من تجار تلك السلعه واقف ساكت فان متولي الشرا
يجبر على ان يشارك ذلك الواقف الساكت اذا طلب منه ذلك سواء كان واحدا او
جماعه حتى لو بين متولي الشرا انه لا يشارك احدا ومن شا منهم من ان يزيد
عليه زاد فاذا بين لهم هكذا لم يكن لاحد ممن حضر دخول معه قال القاضي ابن
رشد اختلف في هذه المسله في ثلاثة مواضع احدها هل ذلك في جميع السلع او
في الطعام وحده فروي اشهب عن مالك انه في الطعام وحده وقال ابن القاسم
وغيره ان ذلك في الطعام وغيره والثاني هل ذلك في السوق وحده او في السوق
وغيره من الازقه فقصر ذلك اصبغ على السوق وقال ابن حبيب لا فرق بين السوق
وغيره والثالث هل ذلك لتجار تلك السلعه خاصه او لجميع التجار والاول مذهب
اصبغ وابن حبيب والثاني مذهب ابن الماجشون فلو قال التجار لمتولي الشرا اشركنا
في هذا الطعام فقال نعم او سكت فيقضى لهم عليه ان طلبوا بعد ذلك الدخول
عليه وامتنع ويقضى له هو عليهم ان طلب منهم الدخول معه لظهور الخساره
ولو قالوا له وهو يسوم اشركنا واشتر علينا فسكت وذهبوا فاشترى بعد
ذهابهم ثم سالوه لم يلزمه ويحلف ما اشترى عليهم ولو طلبهم هو لزمهم
بسوالهم واذا زعم فيما اشتراه انه لم يشتره للتجاره فهو مصدق في ذلك
مع يمينه الا ان يتبين كذبه لكثره ما اشتراه او غير ذلك قوله
والمشترك مما لا ينقسم يلزمه ان يعمر او يبيع والا باع الحاكم بقدر ما يعمر
يعني اذا كان بين شريكين من الربع ما لا يحكم بقسمته واحتاج ذلك الربع
الى اصلاح وشبهه فيلزم من ابى العماره ان يعمر مع شريكه او يبيع ممن
يعمر ويصلح فان لم يفعل وابى في ذلك باع الحاكم على من ابى العماره من حظه
ما ينفق في العماره وظاهر اطلاقاتهم ان القاضي يبيع نصيب الابي كله ممن
يعمر مع شريكه ثم هذا المشتري من القاضي ان اصلح وعمر والا حكم عليه
بمثل ما حكم على البايع وهذا الوجه الذي حكيناه اقرب الى الاصل لان

الموجب للتخيير

الموجب للتخيير الذي ذكره المولف اولا انما هو دفع الضرر عن الشريك في
الوجه الذي قلناه بقاعدة الشركه على ما كان عليه واما الوجه الذي ذكره
المولف فيكثر الضرر بالشركه لانه اذا بيع بعض نصيب الابي مثلا صاروا
ثلاثه شركا بعد ان كانا اثنين الا ان يقال المقصود من هذا البيع انما هو
دفع الضرر الحاصل وهو ترك العماره ورفعه بما قاله المولف محقق
لانه يصلح له بثمن الجزء المبيع في الحال وفي الوجه الاخر لا يدرى ما يفعله
المشتري هل يصلح او لا فيحتاج معه الى ما فعل مع الاول واما ضرر كثره
الشركه فيمكن رفعه بالشفعه فيشفع عليه الشريك الذي طلب العماره
ان كان المبيع مما تجب فيه الشفعه وهو غالب مسايل هذا الفصل وقوله
والمنقسم يقسم هذا الوجه مقابل للذي قبله ومعناه وما يقبل
القسمه اذا طلب احدهما عمارته وابى الاخر منها قسم بينهما فيفعل كل
واحد منهما في نصيبه ما احب ولا خلاف في ذلك والانقسام المذكور في المبتدا
مما عتبار الامكان على ما فسرناه والقسمه المذكوره في الخبر باعتبار الحصول
والاتحاد لاجل ذلك ولا يلزم ان يكون فيه الاخبار بتكرار المبتدا في غير
محله وقوله ويجبر العلو والسفل على البنا او البيع يعني اذا كان الاشتراك
بان لاحدهما السفل وللاخر العلو فلا شك ان صاحب العلو ان اراد البنا
او الترك فعل من ذلك ما احب واما صاحب السفل فلصاحب العلو الانتفاع بسفله
وعلى ذلك دخل صاحب السفل فيجبر ان يبني او يبيع ممن يبني ثم الالزام
في البيع يحتمل ان يكون لتعريف الحقيقه ويكون المعنى على ما ذكرنا انه اطلاقاتهم
في المسله التي فوق هذه وذلك اطلاقاتهم في هذا الموضع ويحتمل ان
يكون للعهد والمراد على هذا التقدير انه يباع من الاسفل على صاحبه
ما يصلح به الاسفل خاصه لا كل الاسفل كما ذكره المولف في المسله المقدمه
وهذا الوجه اقرب الى مراد المولف وفي كلام المولف مضافان محذوفان في

موضعين اي وتجبر صاحب العلو صاحب السفل وقوله ويعلق الاسفل
العلو • يعني انه اذا احتاج العلو الى تعليق فهو على صاحب السفل لان
التعليق كالبنا وبنا الاسفل على صاحبه فكذلك ما يتنزل منزلته والى هذا
اشار مالك بقوله اذا اعتل الاسفل باصلاحه على صاحبه وعليه
تعليق العلو حتى يصلح سفله لان عليه ان يحمله اما على بنيان او تعليق
وقوله والسقف عليه ويحكم له به لو تنازعاه • يعني ان تسقيف
الاسفل على صاحب الاسفل لان البيت لصاحب السفل ولا يسمى بيتا الا اذا
كان له سقف ولذلك اذا تنازعا في ملك السقف قضي به لصاحب الاسفل
قال بعض الشيوخ والاجماع على ذلك واما احتجاج من احتج على ذلك بقوله
تعالى لبيوتهم سقفا من فضة فليس بالبين لان الاضافة قد تكون
لسبب ضعيف فكيف والسبب هنا قوي وقوله وتعليق الاعلى على
الاوسط • يعني فيما يحتاج فيه الى بنا الاوسط كما ان تعليق الاوسط
مع الاعلى على صاحب السفل فيما يحتاج الى بنا الاسفل فيه وقوله
والسلم على الاعلى من الاوسط وتخرج عليه على الاوسط من السفل
وقيل كالسقف • لما انتهى كلامه في تعليق الاعلى والاوسط تكلم هنا
على السلم ومراده بذلك الادراج التي يصعد منها الى العلو فقال
والسلم على الاعلى من الاوسط اي بناوه على صاحب العلو الاعلى من
حد بنا الاوسط ويتخرج على هذا ان يكون بنا السلم الذي يصعد فيه
صاحب الاوسط من السفل واما قوله وقيل كالسقف معناه ان من له السقف
يكون عليه بنا السلم وقد علمنا ان سقف الاسفل على صاحبه فيكون
عليه اسفل السلم الى ان ينتهي الى سقفه ثم يبني صاحب الاوسط السلم
الى ان ينتهي الى سقفه ثم كذلك وهذا القول حكاه الشيخ ابو محمد فقال
واعرف لبعض اصحابنا ان على صاحب السفل بنا السلم الى حد العلو وان

كان ثم علو

كان ثم علو اخر فعلى صاحب العلو الاول بنا السلم من حد علوه الى ان يبلغ به
سقف علوه الذي عليه علو الاخر واما القول الذي قبله فحكاه ابن عبد الحكم
عن ابن القاسم لكن ليس لفظه صريحا في معناه وذلك والله سبحانه اعلم حكى
المولف بعضه نصا وبعضه تخريجا واختصره ابو محمد على لفظ السوال والجواب
ونص ما حكاه قلت فعلى من السلم قال على صاحب السفل اذا كان له علو ان يبلغ
علوه ثم على صاحب العلو الاعلى ما ادرك العلو الاول الى علوه وقوله وليس
لصاحب العلو ان يزيد • اي ليس له ان يزيد في بنايه على القدر الذي دخل عليه
حين الشرا او شبه ذلك من الهبة قال اشهب الا الشي الخفيف الذي لا يتبين انه يضر
بصاحب الاسفل وان كان ربما يبني حضرا منع قال وكذلك لو انكسرت خشبة من سقف
العلو لادخل مكانها خشبة ما لم تكن اثقل من الاولى ثقلا يضر بصاحب الاسفل
فيمنع والا لم يمنع وقوله وكنس المرحاض السفل قيل على السفل وقيل على
الجميع على عدد الجماجم • يعني انه اذا كان للدار بير مرحاض يصب سقاطة
الاعلى والاسفل فقال اشهب كنسها على صاحب السفل لانها بيره ولصاحب
العلو ان يرتفق بها كالسقف وقال ابن القاسم نحوه وقال ابن وهب واصبغ
كنسه بينهما على قدر الجماجم قال الشيخ ابو محمد واخذ بعض متاخري اصحابنا
ممن ولي الحكم بقول ابن وهب اذا كانت البير محفورة في الفنا وان كانت محفورة
في رقبة الدار فالكنس على من له الملك قال الشيخ ابو محمد ويجري القول في المرحاض
بين دارين نحو القول في العلو والسفل فيمن له رقبة البير او ليست له على الاختلاف
في ذلك وقوله واذا انهدمت الرحا المشتركة فاقامها احدهم اذا ابى الباقي
فعن ابن القاسم الغلة كلها لمقيمها وعليه اجرة نصيبهم خرابا وعنه
ايضا يكون شريكا في الغلة بما زاد بعمارته فاذا كانت قيمتها عشرة وبعد
العمارة خمسة عشر فله ثلث الغلة بعمارته والباقي بينهم ثم من اراد منهم
ان يدخل معه دفع ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يرفعه وقبل الغلة بينهم

ويستوفي منها ما انفق • كلام المولف هنا ظاهر التصور وانما من قوله فله ثلث
الغله بعمارته للسبب. والقول الثالث مروي ايضا عن ابن القاسم وهو اقوي
هذه الاقاويل عندي يكون مسلفا لهم وفي القول الذي قبله الزامهم السلف
منه بغير اختيارهم او يتعود ما يخرج الغله عنهم لكنه اقوي من القول الاول
الذي يحجر عليهم ملكهم ولم يحصل لهم فيه الا اجر الخراب فان قلت والقول
الثالث ضعيف ايضا لان متولي النفقه اخرج من يده ماله فانفقه مره واحده
وياخذه متقطعا من الغله وقد لا يحصل له مجموعه الا بعد مده قلت هو ادخل
نفسه في ذلك اختيارا ولو شا لرفعهم الي القاضي فحكم عليهم بما قاله عيسي
دينا وعن ملك وهو اما ان يعملوا في اصلاحها او يبيعوا ممن يصلح • وقوله
ولكل المنع في الجدار المشترك • يعني ولكل واحد من الشريكين منع شريكه
من انفراده بالانتفاع بالجدار المشترك وهذا صحيح لان اشتراكهما فيه علي
جهه الاشاعه فله منعه من ذلك كما له منعه في كل مشاع قبل القسمه
ومراد المولف بيان الفروع المترتبه علي هذه المساله • وقوله وفي جبر من ابي
القسمه قولان • القول بالجبر من ابي القسمه لابن القاسم في المدونه لكنه
شرط فيه اذا لم يدخل ذلك ضررا وكان ينقسم قال وان كان فيه ضرر لم
يقسم قيل له فان كان لكل واحد عليه جذوع قال اذا كان جذوع هذا من هاهنا
وجذوع هذا من هاهنا لم تستطع قسمه ولكن يتقاويانه بمنزله ما لا ينقسم
من العروض والحيوان والقول بعدم الجبر لمطرف وابن الماجشون قالا لا يقسم
الا عن تراض بحدود الكان او حاملا واذا قلنا انه يقسم بالقرعه فاختلف
هل يقسم طولا او عرضا • وقوله واذا انهدم ففي جبر من ابي عمارته
قولان • والاقرب الجبر لانه منفعه لكل واحد منهما وفي ترك بنايه ضرر
علي كل واحد منهما والاضرار منهي عنه واذا اقتسما واراد احدهما بناجدار
بينهما ودعا صاحبه الي ذلك فابي لم يلزمه ذلك الا ان شرطاه في القسمه

ويقال له استر

ويقال له استر علي نفسك في خطك وان اشترطاه لزمهما واحد من حط
كل واحد منهما نصف ثمنا به وكانت النفقه فيه بينهما نصفين الجار سلع
حد السترة ان لم يشترطا في ذلك حدا وسواء كانا نصا وهما متفقه او مختلفه
قال ابن رشد ولا يدخل في هذا الخلاف الذي في اجره القسام هل هي علي عدد
الانصبا او عدد الرووس • وقوله ولو هدمه احدهما ضررا رده كما كان
• انظر هل يدخل هذا الخلاف المذكور فيمن هدم علي رجل حايطا او دارا
تعديا هل يلزمه ان يعيده علي الهيه التي كان عليها او يلزمه قيمه البنا قايما
علي الاصل في حكم اتلاف ما ليس بمكيل ولا موزون • وقوله واصلاحا فقولان •
يعني احدهما انه يلزمه كما في التعدي والثاني انه لا يلزمه لانه فعل ما كان
يجب فعله ويحتمل ان يكونا جاريين علي القولين المتقدمين فيما اذا انهدم
بامر من الله تعالي وظاهر كلام المولف ان هذه الفروع في الجدار المشترك
وكلام ابن يونس ظاهرا وصريح في الجدار الذي هو ملك لاحدهما وهو ستره
عليهما وزاد عن ملك في العتبيه ان كان لاحدهما فهدمه ربه او انهدم
بغير فعله وهو قادر علي رده فترك ذلك ضررا جبر علي رده وان كان
لضعف عن اعادته عذر وقيل للاخر استر علي نفسك • وقوله وعلي
الجار ان ياذن في الدخول لاصلاح حايط ونشبهه • وانما كان ذلك عليه
لانه حكم باجف الضررين قال بعض اهل المذهب وليس لصاحب هذا الجدار
ان يطينه من دار جاره لان ذلك يزيد في غلظ الحايط وليس له ان يجعله
اغلظ مما كان من جهه الجدار وعد بعض العلما من غير اهل المذهب مساله
التطيين من الورع • وقوله ويندب الي اعاره • يعني لحمل خشبه او خشب
وهذا هو مذهب ملك وابي حنيفه انه علي الندب وقال الشافعي وابن حنبل وابن
كنانه هو علي الوجوب وهو الظاهر وفي المجموعه قال ابن نافع عن ملك ذلك
معني الوصيه بالجار وقد كان ابن المطلب يقضي به عندنا وما اراه علي وجه

المعروف واني منه لفي شك وفي الصحيح من حديث ابي هريره ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبه في جداره ثم يقول
ابو هريره مالي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم
وقال ابو هريره رضي الله عنه اذا استاذن احدكم اخاه ان يغرز خشبه في جداره
فلا يمنعه قال يونس بن عبد الاعلى سالنا ابن وهب عن خشبه او خشبه فقال
سمعته من جماعه خشبه يعني بلفظ الواحده وقال عبد الغني كل الناس يقولون
خُشُبه على الجمع غير الطحاوي قال خشبه على التوحيد وحجه مالك وابي حنيفه
قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه ولكن هذا
عام والحديث الاول خاص وايضا فانما يشترط طيب نفس المعطي فيما اعطاه
عن غير عوض واما فيما يجب عليه اعطاوه فطيب النفس فيه انما هو فرض اخر
زايد على الاعطا ولا يكون عدم طيب النفس فيه مانعا للاخذ من الاحد الا
ترى ان من باع سلعه وامتنع من دفعها للمشتري جاز للمشتري اخذها
سواكان ذلك عن طيب نفس اولا فان لم تطب نفس البايع كان وحده عاصيا
بذلك وكذا الواهب عند اهل المذهب واختلف الشيوخ هل لجار المسجد ان
يغرز خشبه في جدار المسجد على قولين وقوله فان اعار لم يرجع مطلقا
وقيل الا ان يعرض محوج غير الضرر ه يعني فاذا فرعنا على مشهور المذهب
وان كان المولف لم يذكر خلافه فاعار الجار لجاره جدارا ليغرز فيه خشبه تغرز
فيه لم يكن له ان يرجع فيما اعار في احد القولين وهو قول ابن الماجشون
ومطرف وروايه عن مالك وغيره ومعنى الاطلاق في هذا القول هو ضد
ما استثناه في القول الاخر وهو قول ابن القاسم وروي معناه عن مالك واصبغ
قال مطرف وابن الماجشون ليس له ان ينزعها طال الزمان او قصر احتاج الى
جداره او استغنى عنه مات او عاش باع او ورث الا ان ينهدم الجدار من بعده
صاحبه فليس للمعار هاهنا ان يعيد الا باعاريه مبتداه وقال ابن القاسم

اذا اذن له

اذا اذن له فليس له ان يرجع فينزعه الا لحاجه تنزل به له بها عذر ولم
يرد الضرر وان اراد الضرر لما هاج بينه وبينه فليس له ذلك وقاله
مالك وقال في العتبيه ان اراد ان يهدم جداره وينتفع به فله ذلك وقال
مالك في روايه ابن عبد الحكم ان اراد بيع داره فقال انزع خشبك فليس له
ذلك وقال اصبغ اذا اتى عليه من الزمان ما يعار مثله الى مثل ذلك
الزمن فله منعه يعني في غير مسله البيع قال الباجي وهل يلزم ذلك
بمجرد الاذن الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون انه اذا اذن له
فلا رجوع له وهذا معنى ما حكاه المولف وهو الذي نقله غير واحد وقال
بعض الشيوخ يتحصل في مسله المولف مع مسله عاريه العرصه للبنا والغرس
سته اقوال بعد ذكر القولين اللذين ذكرهما المولف والقول الثالث نسبه الى المدونه
ان له ان يرجع وان لم تخرج من قوله في عاريه العرصه للبنا ويدفع له قيمه
ما انفق او قيمته قايما او منقوضا والرابع قول اصبغ الذي حكيناه فوق
هذا والخامس قول اشهب وابن نافع بالفرق بين ما تكلف فيه نفقه وبين ما
لم يتكلف فيه نفقه والسادس قول سحنون الفرق بين غرز الخشب في الجدار
لا يكون للاذن الرجوع لاجل الحديث وبين الاذن في بنا العرصه يكون له
ذلك وقوله ومثل فتح باب وارفاق بما ه هذا الكلام معطوف على
لفظه الجدار من قوله ويندب الى اعاره الجدار ويقع في بعض النسخ حذف
واو العطف من هذا الكلام وعلى هذا الوجه الاول يكون المعنى انه يندب
للجار اعاره الجدار واعاره فتح باب وارفاق بما واشبه ذلك وعلى الوجه
الثاني يكون المعنى ان الندب مقصور على اعاره ما ذكره المولف اولا واحرا
الا انه شبه اعاره الجدار باعاره فتح باب وارفاق بما والوجه الاول احسن
واوفق لما نص عليه اهل المذهب ولان حكم عاريه الجدار مستفاد من الحديث
المتقدم لا من القياس على اعاره فتح الباب والارفاق بالما الا ان يقال المولف

لم يكن في اعاره الجدار بيان ما يعار لاجله فلعله لم يرد اعارته لغرز الخشب
خاصه فان ذلك هو المستفاد من الحديث بل اراد اعارته لذلك ولغيره فهذا له
وجه غير انه يكون تكلم على مسله غير مشهوره وترك مسله عاريه الجدار
لخصوصيتها التي تعرض للكلام عليها اهل المذهب وغيرهم وقوله
واذا تنازعا جدارا فصاحب اليد صاحب القمط والطاقات والجذوع ه يعني (الوجه)
ان الجارين اذا تنازعا جدارا بينهما فمن حصل له بعض هذه الوجوه التي ذكرها
المولف واحد منها فاكثر قضي له به واذا سلم احدهما ان يد الاخر عليه قضي
به وذلك ان كانت القمط من جهه احدهما وروي ان حذيفه رضي الله عنه
بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم لينظر في معاقد الحيطان والقمط في
الاخصاص جمع معاقد الحيطان وشبهت معاقد الحيطان بالقمط تشبيها لها (شبهت)
بذلك وذلك الطاقات اذا لم تكن نافذه وكانت من جهه احدهما خاصه قضي
بالحائط لمن تلك الطاقات في جانبه وذلك الجذوع وهذا كله اذا لم تقم بينه
لواحد منهما واما ان قامت بينه لاحدهما بالملك فالاعتماد على البينه لا على شي
من هذه ولا على جميعها لو حصل لان دلاله هذه على الملك دلاله ظاهره والبينه
اذا شهدت بتحقيق اما باقرار الخصمين او بغير ذلك قطعت بما شهدت به
والقطع اولى من الظاهر قال ابن القاسم فان كان عقد بنيان الجدار اليهما
فهو بينهما يعني بعد ايمانهما قال وان كان منقطعا عنهما جميعا فكذلك
قال وذلك ان كانت الكوا لكل واحد منهما فهو بينهما وان كان الحمل لكل واحد
منهما فهو بينهما وان كان لاحدهما عشر خشبات وللاخر سبع فهو على
حاله ثم ليس لاحدهما ان يزيد خشبا الي خشبه الا برضي صاحبه وقال سحنون
قال اصحابنا اذا كان في الحائط لاحدهما خشبه وللاخر عشر ولم يكن
معقودا الى احدهما فانه يكون بينهما بنصفين ولا يكون لكل واحد منهما
ما تحت خشبه قال وقال من خالفنا هو لصاحب العشر الا موضع الخشبه

وقالوا

وقالوا ان كان لاحدهما خمس وللاخر اربع فهو بينهما نصفين قال اشهب
واذا كان عقده الي احدهما وللاخر عليه جذوع قضي به لمن عليه عقده وقضي
لصاحب الجذوع بموضع جذوعه فان انكسرت فله ان يجعل مكانها اخري
قال ابن سحنون وقال اهل العراق والحائط لمن له عليه الجذوع الا ان يكون اتصاله
بالبنا اتصالا لتربيع البيت كله فيكون لصاحب البيت وللاخر محمل جذوعه قال
سحنون ولو كان عقده الي احدهما من ثلاثه مواضع وعقده من ناحيه الاخر من
موضع واحد فانه يقسم بينهما على عدد العقود وان لم يكن معقودا الي
احدهما ولاحدهما عليه خشبه معقوده بالبنا فذلك يوجب له ملكه كما توجبه
الكوا قال ابن عبد الحكم اذا لم يكن لواحد منهما فيه عقد وعليه خص قصب
لاحدهما فهو لمن له القصب وقوله ونجلس الباعه في الافنيه للبيع الخفيف
وقضي بها عمر رضي الله عنه لارباب الدور يريدون بالانتفاع لا ان تحاز ه الضمير
المخفوض من قوله وقضي بها راجع الي الافنيه اي وقضي عمر بالافنيه لارباب
الدور وفسر ذلك ابن حبيب بنحو ما قاله المولف قال وقاله من ارضي من اهل
العلم قال وقد هدم عمر كير حداد في السوق امر به فهدم وقال تضيقون
على الناس السوق وبهاذه الروايه يصح تفسير الروايه التي فوقها انه في
الجلوس للبيع الخفيف وقوله فلو حاز هدم ما يضر وما لا يضر قولان ه
يعني فلو حاز واحد من الطريق والفنا شيا فان كان هذا المحوز مما يضر
بالمشاة فانه يهدم بلا خلاف وكلام عمر رضي الله عنه يدل عليه وان كان لا يضر
بهم ففي ذلك قولان وهذا ايضا مكروه ابتدا وانما اختلف في هدمه بعد الوقوع
والمشهور انه يهدم والقول الثاني انه لا يهدم ولا يبعد ان يتاول قول اصبغ
على الجواز ابتدا وذلك قول مالك في المسجد يبنيه رجل من طائفه من داره ان
كان لا يضر بطريق الناس فلا باس به والاقرب هو المشهور وهو اسعد بما روي
من لعن من غير منار المسلمين وقوله والرواشن والساباط ونحوها لمن له الجانبان

جايز بغير اذنه ومراده بالروشن الاخراج على الحايط وما يشبه الجناح
والروشن في اللغه هو الكوه والساباط معلوم وهذا الذي قاله ان كان متفقا
عليه في المذهب ولا اعلم فيه خلافا في المذهب يقوي القول بالاخذ من الافنيه
ما يضر بالناس في ذلك لان المملوك من الهوا لصاحب الدار انما هو ما حاذي داره
لا ما بين دا ربه من الهوا لكنه ان رفع الساباط بقدر لا يضر من مر فهل
حكم اله بالجواز ولعل الفرق بينه وبين الفنا توقع الحاجه الي الفنا ولو على
الدوام ولا يتوقع ذلك في الهوا الذي بين الدارين وقوله والطريق
المسدود الاسفل كالملك لارباب دورها فبالاذن * يعني ان ما قدمه في
مسله الروشن والساباط مقصور على ما اذا كانت الطريق مسلوكه من
الجانبين واما اذا كانت مسدوده من احد الجانبين وذلك الجانب التي هي
مسدوده منه هو مراد المولف باسفلها وانما جعله اسفلها وان امكن
ان يكون اعلى في المكان لانه غايه تلك الطريق فشبه اولها بالاعلى واقصاها
بالاسفل لانها كالوعا لمن دخل فيها فهذه الطريق كالمملوكه لاربابها لا يجوز
لاحدهم ان يستبد بمنفعتها ولا يحدث فيها روشنا ولا ساباطا الا باذن
الباقين وفي قوله كالملك لارباب دورها ولم يقل ملك اشاره الي انها ليست
لهم بملك تام ولو كانت لهم ملكا تاما لكان لهم ان يحجروها على الناس بغلق
وظاهر كلام بعض الشيوخ ان ليس لهم ذلك وبه حكم بعض قضاه بلدنا
وهدد على من فعله وقد اضطربت روايات المذهب في جواز احداث باب في
السكه النافذه وغير النافذه قال ابن رشد يتحصل في غير النافذه ثلاثه اقوال
احدها ان ذلك لا يجوز الا باذن جميع اهل الزقاق وهو الذي ذهب اليه ابن
زرب قياسا على مسله المدونه في الدارين تكون احداهما في جوف الاخري
وبه جري العمل بقرطبه والثاني ان ذلك فيما لم يقابل باب جاره ولا ما قطع
من مرفقه وهو قول ابن القاسم في المدونه وقول ابن وهب في العتبيه والثالث

ان له ذلك

ان له ذلك على هذه الصفه اذا سد الباب الاول وهو دليل قول اشهب في العتبيه
قال ويتحصل في فتح الباب والحانوت مقابلا باب داره في الزقاق النافذ ثلاثه
اقوال احدها ان ذلك له جمله وهو قول ابن القاسم في المدونه وقول اشهب
في العتبيه والثاني ليس له ذلك جمله الا ان ينكب وهو قول سحنون والثالث
ان له ذلك اذا كانت السكه واسعه وهو قول ابن وهب في العتبيه
والسكه الواسعه ذات سبع اذرع ما ثبت في الحديث وقد اقتصر المولف على
هذا القدر من احكام دفع الضرر ومسايله كثيره جدا وقد افرد لها
بعضهم تاليفا فلنقتصر على ما اقتصر عليه المولف
وقوله الوكاله * قال الجوهري توكل على الله اي ما من لذا توكيلا والاسم
الوكاله والوكاله قال والوكيل معروف وقال عياض الوكاله تكون بمعنى الحفظ
ومنه قوله تعالى وكفي بالله وكيلا ومعني الكفاله والضمان قال تعالى الا
تجدوا من دوني وكيلا قيل حافظا وقيل كفيلا وقيل كفيلا والاصل فيها
من الكتاب قوله تعالى ويسالونك عن اليتامي قل اصلاح لهم خير وقوله تعالى
وابتلوا اليتامي حتي اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
اموالهم فاذا جازت النيابه عن اليتيم والمولي عليه بغير امره فلان تجوز عن
البالغ الرشيد بامره اولي ومن السنه ما خرجه ابو داود عن جابر بن
عبد الله قال اردت الخروج الي خيبر فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسلمت عليه وقلت اني اردت الخروج الي خيبر فقال اذا اتيت وكيلي
فخذ منه خمسه عشر وسقا فان ابتغي منك ايه فضع يدك
على ترقوته وخرج الترمذي عن عروه ابن الجعد قال دفع الي النبي صلى
الله عليه وسلم دينارا لاشتري له شاه فاشتريت له شاتين فبعت احداهما
بدينار وجيت بالشاه والدينار الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له
له ما كان من امره فقال بارك الله لك في صفقه يمينك فكان بعد ذلك يخرج

الي ناسه الكوفه فبزح الوحه العظيم فكان من اهل الكوفه مالا الي غير
هدا من الاحاديث واجمع المسلمون علي جواز الوكاله من حيث الجمله واما قول المولف
نيابه فيما لا تتعين فيه المباشره شرعا فظاهره انه سلك به مسلك الرسوم
علي عادته في اوايل الكتب فيلون قوله نيابه تجري مجري الجنس وقوله فيما لا
تتعين فيه المباشره شرعا جاريا مجري الفصل والاقرب انه لم يرد هدا وانما
اراد ان معني الوكاله جلي وهو النيابه لا يحتاج الي تفسير ولا يحتاج الي تفسير
اللفظ خاصه لا الي الحد والرسم وانما يحتاج الي بيان محل الوكاله فيلون
مقصوده الاهم من هدا الكلام بيان الامور التي تصح فيها الوكاله وتميزها
عما لا تصح فيه واستتبع مع ذلك تفسير اللفظ الوكاله بلفظ النيابه
اشاره منه الي انها لا تحتاج الي حد ولا الي رسم وان احتاج السامع مع
هدا الي زياده بيان فلا يحتاج الي بيان لفظها خاصه وفي الحقيقه لا
يحتاج الي شي وهدا هو الدي قدمناه عن الجوهري حيث قال والوكيل معروف وقريب
من هدا الدي قلناه انه مقصد المولف هنا هو مقصد القاضي عبد الوهاب
في التلقين وذلك انه قال كل حق جازت فيه النيابه جازت الوكاله فيه كالبيع
والشرا والاجاره واقتضا الديون وخصومه الخصم والتزويج والطلاق
بين حكم الوكاله انه الجواز وبين محل الجواز ولم يتعرض الي تفسير الوكاله
بحد ولا رسم غير ان علي كلام القاضي لبس هدا موضع ذكره وقوله فتجوز
في الكفاله والوكاله والحواله والجعاله والنكاح والطلاق والخلع والصلح
لما قدم انها تصح فيما لا تتعين فيه المباشره احتاج من اجل ذلك الي
تبيين ما لا تتعين فيه المباشره فذكر من ذلك الكفاله اي يجوز ان يوكل
من يتكفل عنه في حق وجب علي الموكل وكذلك يوكل من يطلب له من يتكفل
عنه ويوكل من ياخذ له ممن عليه دين حميلا عليه وهو ظاهر في الجعاله
والنكاح وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن اميه في عقد نكاح

ام حبيبه بنت ابي سفيان وهي بالحبشه ووكل ابا رافع في عقد نكاح ميمونه
بنت الحارث والطلاق والخلع حل العصمه كان الاقاله حل البيع واما الصلح
فعقد معاوضه فاشبه البيع والاجاره وفي العبادات لما ليه كالزكاه هدا
مما لا خلاف فيه اعلمه اعني في دفع الزكاه بل ذلك هو المستحب عند مالك لان تولي
الانسان دفع زكاته بنفسه للفقرا وينبغي ان تجوز ايضا التوكيل علي
طلبها كما يجوز التوكيل علي قبضها وقوله وفي الحج خلاف قد تقدم
ذلك في كتاب الحج وقوله ولا تجوز في مثل يمين ولا ظهار اما الوكاله علي
اليمين فلا يتاتي وقوعها لانها في صوره حلف الانسان علي ما يعتقده فان
كان جازما بذلك فهو الحالف لا غيره وان كان غير جازم بما حلف عليه كان
عدم الجزم مانعا له من اليمين علي ما تقدم في كتاب الايمان وهدا الكلام
يدخل تحته الايلا واللعان واما الظهار فالاقرب عندي انه مثل
الطلاق لانه اذا قال الرجل زوجه فلان مولي علي هدا فهي عليه كظهر
امه فهي كقوله امراه موكلي طالق عليه وذلك ان الظهار والطلاق انشا
مجرد نفي الخبر لا يرد عليه تصديق ولا تكذيب فهو كالبيع والنكاح
والاجاره وغير ذلك من العقود واما اليمين فتتضمنه الخبر عن فعل غير
الموكل ولا يدري الوكيل حقيقه ما يحلف عليه والله سبحانه اعلم ولا يعترض
علي المولف بما وقع في المذهب من انعقاد يمين من سمع رجلا يحلف فقال
له وانا مثلك فان هدا ليس من الوكاله في شي وقوله وتجوز في الاقرار والانكار
لا خلاف اعلمه في ذلك من حيث الجمله وانما الخلاف في جزيات مسايل واختلف
العلما في الوكاله علي الخصومه هل تستلزم الوكاله علي الاقرار ومذهب مالك
والشافعي وابن ابي ليلى ان الوكاله علي الخصام لا تستلزم الوكاله علي الاقرار
وانه ان اقر عنه لا يلزمه ما اقر به وذهب ابو حنيفه الي انه يلزمه اقراره
اذا كان في مجلس الحكومه وبه قال محمد بن الحسن وذهب ابو يوسف الي انه

يلزمه اقراره سواء كان في مجلس الحكومة او لم يكن والاصل ما قاله مالك والشافعي
ولكن الخصومة لا تتم الا بالاقرار والانكار فالوكالة عليها وكالة على ما هو من تمامها
ولذلك قال غير واحد من الاندلسيين وغيرهم وكلهم من اهل المذهب ان من
حق الخصم ان لا يخاصم وكيل خصمه حتى يجعل له الاقرار في وكالة الخصام قال ابن
رشد نزلت وقضي فيها بان لا يقبل الا ان يحضر مع وكيله او يكون في وقت
الحكم قريبا من مجلس القاضي وهذا في الوكالة على الاقرار مطلقا من غير
تقييد فلو قال الموكل لوكيله اقر عني لفلان بالف درهم فقد اختلف اصحاب
الشافعي هل يكون ذلك اقرارا من الموكل بالالف لفلان ومال المازري الى انه
اقرار واستشهد على ذلك بما لاصبغ في العتبية فيمن وكله رجل على خصام
رجل في شيء فان اقرار الوكيل لا يلزم الموكل قال ولو اشهد انه جعله في
الاقرار عنه كنفسه فان اقرار الوكيل يلزمه وليس في هذا تبيين شاهد
قال بعض الشيوخ في وكيل الخصومة يجعل له الاقرار في وكالته فانه لا
يتعدى ذلك القضية التي هو يخاصم بسببها وهذا الذي ذكرنا هنا عن
المذهب هو المعروف فيه وقال ابن عبد البر جرى العمل عندنا على انه اذا
جعل الموكل الى وكيله الاقرار لزمه ما اقر به عند القاضي قال وزعم ابن
خويز منداد ان تحصيل مذهب مالك انه لا يلزمه اقراره وهذا في غير
المفوض اليه قال وقد اتفق الفقهاء فيمن قال ما اقر به علي فلان فهو لازم
لي انه لا يلزمه **وقوله** والمعتبر الصيغة وما يقوم مقامها •
يعني ان الوكالة مفتقرة الى ما يفتقر اليه جميع العقود من الصيغ الدالة على
مقتضى ذلك العقد كقوله وكلتك او جعلتك نائبا عني اما مطلقا واما في شيء
مخصوص وما اشبه هذه الالفاظ او يقوم مقامها كالاشارة في حق
الاخرس **وقوله** فان تراخى القبول فقولان تخريجا على قوله لامراته
اختاري • لا شك ان الوكيل اذا قبل الوكالة بالقرب او ردها صح قبوله

لها ورده

لها وردها وان لم يقبلها بعد علمه ولم يردها حتى طال الزمان ثم احب
قبولها فقال المازري انه قد يخرج الحكم عنده في ذلك على القولين في قول الرجل
لامراته اختاري او امرك بيدك هل يبقى ذلك بيدها وان قامت من المجلس قال
وقد قال بعض اشياخي من الفقهاء ان هذا الاختلاف يعني القولين في التخيير
والتمليك ينبني على خلاف الاصوليين في الامر هل هو على الفور او على التراخي
قال ولكن ذلك لا يمضي في الاصول فلم يتعلق بالقبول وقال اولى من هذا ان
يقال انه يجري على خلاف اهل الاصول في العموم في المعاني قال المازري والتحقيق
في هذا يرجع الى اعتبار المقصود والعوائد هل المراد بهذه الالفاظ استدعا
الجواب بدارا فان تاخر فان المخاطب يسقط حكم خطابه او المراد استدعا الجواب
معجلا او موخرا **قلت** قد يقال الفرق بين الوكالة وبين التخيير والتمليك ان
الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل والتخيير والتمليك لازمان
من جانب الزوج وعلى هذا فلا ضرر على الموكل في بقاء الخيار للوكيل بعد افتراقهما
وان طال الزمان لان الموكل ان راى ذلك مصلحة في حقه ابقاه والا عزل الوكيل
واما الزوج فعليه ضرر في بقاء الخيار بيد المراة بعد افتراقهما فلذلك تقيد
خيارها بالقرب وسقط بطول المجلس او افتراقهما في احد القولين **وقوله**
الموكل فيه شرطه ان يكون معلوما بالنص او القرينة او العادة • يعني ان
انواع الوكالة لما كانت متعددة في العرف كالتفويض وغيرها وكان ايضا
الوكيل المخصوص اذا تصرف في غير ما اذن له في التصرف او على غير الوجه
الذي اذن له فيه كان متعديا احتيج من اجل ذلك الى بيان ما وكل عليه لكن
طريق بيان ذلك ليست مقصورة على تنصيص الموكل بل يرجع في بيان ذلك
الى القرائن اللفظية وغيرها والى العادة وهذا ظاهر لان المقصود انما
هو موافقة الموكل وتتبع اختياره وقوله فلو قال وكلتك لم يفد حتى
يقيد بالتفويض او بامر ما لما قدم ان شرط الموكل فيه ان يكون معلوما

وهذا الشرط لم يحصل في قول الموكل وكلتك لم يخرج عنه عدم افادة هذا الكلام
الا ان يعلم تقييده بقرينة او عادة ولاجل بسببه الكلام الاول في الثاني
ادخل المولف الفا في قوله فلو قال وكلتك وفي كلامه حذف صفة لامر اي بامر
مخصوص لان التقييد يكون بالتفويض وبغيره وهو في غير التفويض اظهر
منه في التفويض فلذلك والله سبحانه اعلم حذف المولف الصفة لحصول العلم
بها واتفق مالك والشافعي على عدم افادة الوكالة المطلقة واختلفا في الوصية
المطلقة فقال الشافعي هي مثل الوكالة المطلقة وقالت المالكية الوصية
المطلقة صحيحة ويكون للوصي ان يتصرف لليتيم في كل شيء كوكالة التفويض
ولعل الفرق بينهما قرينة الموت فان اليتيم يحتاج لان يتصرف له في كل شيء
فاذا لم يوص عليه ابوه غير هذا الوصي ولم يستثن عليه شيا والسبب الذي
لاجله اوصى عليه وهو الحاجة للنظر عام وجب عموم المسبب ولا كذلك
الوكالة فان الموكل قادر على التصرف في كل شيء مما له التصرف فيه ولا بد له
من امر يستبد به عادة فاحتيج من اجل ذلك الى تقييد الوكالة بالتفويض او
بغير امره وقد ذكرت هنا فروقا ليست بالبينة وقوله فلو قال بما الي
من قليل او كثير مضى في جميع الاشيا اذا كان نظرا الا ان يقول نظرا او
غير نظر ٥ قد ذكر المولف الان ان اطلاق التوكيل لا يفيد حتى يقيد
بالتفويض او بامر وهذا الفرع الذي ذكر هنا هو مثال التفويض وشرط
فيه المولف وغيره ان يكون تصرفه على وجه النظر الا ان يزيد في
التعميم فيقول نظرا او غير نظر وهذه هي التي للاباحة وبها يتم
تعميم هذه الوكالة وقد جرى عمل الناس عندنا في هذه الجهات انه يتصرف
الوكيل المفوض اليه في كل شيء مع وجود هذا القيد الذي ذكره المولف الا في
بيع دار سكنى موكله وطلاق زوجته قال بعض كبار شيوخ الاندلسيين
اذا ابتديت الوكالة خاصة ثم عقبت بالاوصاف العامة لم تتعد الوجه الذي

مخصوص

الذي

ابتديت عليه

ابتديت عليه وتكون تلك الاوصاف العامة راجعة الى احوال ذلك الخاص
الذي ذكر اولا قلت قال لي بعض اشياخي ولا يدخل ذلك خلاف الاصوليين
في العموم اذا جرى على سبب هل يقصر على ذلك السبب اولا وفيما قاله نظر
وقوله فلو قال وكلتك في كذا تقيد به هذا هو النوع الثاني من نوعي الوكالة
المقيدة التي اشار اليها المولف قريبا وهو مراده هناك بقوله او بامر فاذا
قيدها الموكل ببيع او شرا او غير ذلك لم يكن للوكيل ان يتعدى ذلك القيد
ولا خلاف فيه وسياتي تمام هذا المعنى وقوله ولو وكله في الابرا
مع جهل الثلاثة بمبلغ الدين ٥ مراده بالثلاثة الوكيل والموكل والذي
عليه الدين فالالف واللام للعهد لتقدم ذكر الموكل والوكيل ودلالة اللفظ
عليهما فيما تقدم مطابقة ودلالة لفظ الابرا على الذي عليه الدين
او غيره من المطالب التزاما وانما ذكر المولف هنا هذا الفرع لئلا يتوهم
انه غير داخل في كلامه المتقدم لان الابرا انما يستلزم اسقاط حق
ما ان كان عن غير عوض او عن عوض دون الاذن الموكل لما وكل على
هذا المعنى صح من الوكيل ان يفعله وكذلك يصح للوكيل فعله بمقتضى
وكالة التفويض المتقدمة وفي بعض الوكالات الخاصة والمعنى الذي
اوجب ذكرها ذا الفرع هنا حقيقة هو جهل الوكيل وحده لا جهل
الموكل والذي عليه الدين بمقدار ما وقع فيه الابرا فان ذلك لا تعلق
له بكتاب الوكالة وان كان سابغا قال في اواخر كتاب الصلح من المدونة وان
كان لك على رجل دراهم نسيتما مبلغها جاز ان يصطلحا على ما شيتما
ومعنى التقييد فيه واحد هذا معنى ما ذكره هناك ونقلته من حفظي
وقوله وتخصصات الموكل متعينة كالمشتري والسوق والزمان
٥ يعني انه يتعين على الوكيل مساعدة الموكل وموافقته في حال التصرف
سواء كان ذلك المحل قابضا لما يخرج من يد الوكيل لقوله بع هذه السلعة من

فلان بعشرة فلا يبيعها من غيره ولو باكثر من عشرة او قال له بعها
في شهر كذا فلا يبيعها الا فيه قبل ذلك الشهر ولا بعده باكثر من عشرة ايضا
وكذلك اذا قال بعها في سوق كذا فلا يبيعها في غيره وانما يظهر لهذا التخصيص
ثمرة عادة في الوجه الاول من المخصصات الثلاثة لا في الثاني والثالث منها
وفي مثل هذين الوجهين يقال في عقود المعاوضات شرط ما لا يفيد لكن
ذلك المعنى لا يجري في هذا الموضع والله سبحانه اعلم وليس منه مسألة ابن
ابي زيد وابن التبان التي يذكرها المؤلف بعد هذا فان قلت هل اطلاق المؤلف
لفظ التخصيص في هذا الموضع كاطلاقه فيما تقدم لفظ التقييد فيكون
التقييد والتخصيص عنده مترادفين كما يقع ذلك في عبارة بعض الفقهاء
والموثقين وغيرهم ممن لا يلتزم اصطلاح الاصوليين او كلام المؤلف هنا
بالتخصيص مقصود وعلى هذا التقدير فما ذلك المعنى قلت الظن بالمؤلف انه
لا يخالف في هذا الموضع ولا في اكثر المواضع اصطلاح الاصوليين لتقدمه
في ذلك الفن وان وجد له في هذا الكتاب مواضع يسيرة سلك فيها مسلك
من ذكرناه من الفقهاء وغيرهم والسبب الذي لاجله اتى بلفظ المخصصات
في هذا الموضع واستغنى به عن ذكر التقييد هو ان التخصيص لما يعرض
للعام فيخرج بعض صوره كان التقييد مما يعرض للمطلق فيخرج ما عدا
محل التقييد مما كان المطلق صالحا له ودلالة العام على مفرداته اقوى من
دلالة المطلق على ما هو قابل له لان الاول شمولي والثاني صلاحي فاذا اثر
التخصيص في رفع دلالة العام مع قوتها فاحرى التقييد في دلالة المطلق
مع ضعفها وقوله فان خالف فالخيار للموكل الا ان يكون ربويا ففي
امضائه برضاه قولان ◉ يعني ان تصرف الوكيل على غير الوجه الذي جعل
له فتعدى محل التخصيص او التقييد فالخيار للموكل اما ان يجيز فعله
ويصير تصرفه حينئذ كتصرف الوكيل فيما اذن له فيه واما ان يرد فعله

وذلك ان

وذلك ان الوكيل كاجنبي في الوجه الذي لم يؤذن له فيه فيصير بيعه في ذلك
المحل او شراؤه كبيع الفضولي وقد تقدم مقتضى المذهب فيه وللحنفية
خلاف وفي هذا الفصل مشهور ثم استثنى المؤلف من هذا الحكم ما اذا كان محل
المخالفة ربويا وذكر فيه قولين احدهما ان الحكم في الربوي مثله في غير
الربوي وهذا هو الذي تقتضيه فروع ابن القاسم والثاني ان الربوي يخالف
لغير الربوي ولا بد في الربوي من الفسخ لما تقدم من ان المبيعات الربوية لا
يدخلها الخيار وهذا قول معروف في المذهب وربما اقتضته مسائل ابن
القاسم وكلام ابن المواز وصرح اشهب في بعض المسائل انه القياس غير انه
استحسن مقتضى القول الاول وهذا هو الذي يعبر عنه غير واحد من
الشيوخ بالخيار الحكمي وقد صرح بعضهم ان المشهور من المذهب انه لا
ينافي الربوي بخلاف الخيار الشرطي واعلم ان مراد المؤلف من الربوي هنا
ما هو اعم من كل واحد من ربا الفضل وربا النسا وقد علمت في غير هذا
الموضع ان كل ما امتنع فيه التفاضل امتنع فيه النسا ولا عكس
والكلام في هذا يتسع ولخصوصيات المسائل الحاق بعيدة الغور
والمتكفل بذلك المدونة ففي كتاب السلم الثاني منها الشفا وقد اشار
في كتاب الصرف وغيره من المدونة الى شيء من ذلك والاشتغال بذلك هنا
كالاجنبي عن كلام المؤلف وقوله فان زاد الثمن في المبيع او نقص في الشرا
فله كلامه ◉ يعني فان وقعت مخالفة الوكيل لما امره به الموكل في اللفظ
خاصة لا في المعنى كما لو امره ان يبيع له ثوبا او فرسا بعشرة فباع بخمسة
عشر او امره ان يشتري بعشرة فاشترى بثمانية فلا شك ان الموكل
يرغب في هذا المعنى وان وقعت المخالفة فيمضي البيع والشرا سوا قلنا
ان شرط ما لا يفيد يلزم الوفاء به او لا وقوله ويغتفر اليسير في
العكس ◉ يعني اذا سمى الموكل لوكيله ما يبيع به او يشتري من الثمن وعين قدره

فان نقص الوكيل في ثمن المبيع او زاد في ثمن ما اشتراه وهذا هو مراده بالعكس
فان كان ما وقعت فيه المخالفه بالنقص والزياده يسيرا لزم ذلك الموكل للحاجه
الى هذا القدر حين البيع والشرا اذ لا بد من وجود القدر الذي سماه الموكل
وقال بعض الشيوخ عند عدم تحقق هذا المعنى عاده الى مذهب الشافعيه
انه لا يزيد الوكيل ولا ينقص لشراء كان او بيع يسيرا اختلافا للتنصيص في الوجهين
لانه خروج عن مقصد الموكل وعن لفظه معا وحيث الزمنا الموكل ما خالف
فيه الوكيل لفظه فان ضمان السلعه المشتراه من الموكل كما اذا قال له اشتر
لي سلعه كذا بعشره فاشتراها بعشره ونصف وضاعت تلك السلعه بعد
قبض الوكيل لها او قبل قاله في المدونه وهل يكون قول الوكيل مقبولا
في دفعه تلك الزياده من غير بينه يقيمها على الدفع لبايع السلعه
هذا مما تردد فيه الشيخ ابو اسحاق وخرجه بعضهم على الخلاف المشهور
فيمن اخرج من ذمته الى امانته واذا باع بانقص مما سمى له بالكثير وفاتت
السلعه فاختلف المذهب هل يكون ملتزما لبقية الثمن اولا وقوله
فلو قال انا اتم في الكثير ففي امضائه قولان ● يعني فلو باع بخمسه ما امره
ببيعه بعشره وقال انا ادفع خمسه اخرى او اشترى بخمسه عشر
ما امره ان يشترى بعشره وقال انا اتم خمسه تمام الخمسه عشر فهل يمضي
في ذلك قولان فمن امضى فعل الوكيل لاحظ حصول مقصد الموكل ومن لم
يمضه لاحظ عدا الوكيل والاقرب هو الاول ولا يخرج عدا الوكيل لا يوجب
فسخ ما فعله مطلقا والكلام في هذه المسئله كالكلام في مسئله من امر
وكيله ان يزوجه بالف فزوجه بالفين اعني مما يرجع الى هذين القولين
وقوله ولو قال بع نسيه بكذا فباع نقدا به وعكسه في الشرا فقولان
وخرج ابو محمد فيها ابن اللباد بان المبتاع لو عجل الثمن للوكيل لزمه قبوله ● يريد
لو امره ان يبيع له سلعه بعشره دنانير الى شهر مثلا فباعها بعشره نقدا

او امره

تعالى

او امره ان يشترى سلعه بعشره دنانير نقدا فاشتراها بعشره دنانير
الى شهر فهل يكون الوكيل متعديا في المسئلتين معا قولان ومعنى وخرج ابو
محمد فيها ابن اللباد اي غلبه في الحجه حين ناظره وذلك ان المذهب في الدين
يكون عينا الى اجل ان الحق في الاجل لمن عليه الدين وحده وانه اذا عجله لزم
من له الدين قبوله فعلى هذا التقدير لو فرض ان الوكيل باع بالاجل على نحو ما
امره به الامر لكان من حق المشتري تعجيل ذلك الدين ويلزم الامر قبوله
وكذلك في مسئله الشرا فللوكيل ان يقول للامر ان لم ترد بقا الدين في ذمتك
فعجله لبايع السلعه ويلزم البايع قبوله ولا ضرر عليك بما فعلته بخلاف
ان لو كان الثمن في الوجهين عرضا لم يلزم تعجيله ولا قبوله وراى بعض الشيوخ
ان الطعام مثل الدنانير والدراهم وهذا الشيخ ممن مذهبه كمذهب ابن ابي
قال في المدونه وان امرته ببيعها الى اجل فباعها بنقد فعليه الاكثر
مما باعها به او القيمه لما تعدى قال ابن القاسم وسوا سميت له ثمنا او لم
تسم وظاهر هذا الكلام مع ابن اللباد وتاول ذلك بعضهم على ان الموكل
انما حد للوكيل اقل الثمن حيث انه لا يبيعها بهذا العدد الا اذا لم يجد اكثر
منه ولما باعها بذلك العدد نقدا دل على انه لم يبالغ في طلب الاثمان لان
من اشتري بثمن نقدا فالغالب انه يشتري باكثر منه الى اجل ومهما بعد الاجل
زاد الثمن وقال بعضهم لعل المسئله مفروضه في التوكيل على بيع السلعه
بغير العين وقوله واشتر بعينها فاشترى في الذمه ونقدها
او بالعكس صح ● يعني لو دفع الموكل للوكيل دنانير او دراهم فقال له اشتر
بهذه الدنانير او الدراهم المعينه فاشترى بدراهم او دنانير على الذمه
ونقد ما دفع له الامر صح ذلك وكذلك لو امره ان يشترى بدنانير او
دراهم على الذمه ودفع اليه هذه الدنانير فاشترى الوكيل بهذه
المعينه مضى ذلك اذ لا يتعين لاحد غرض في التعيين هنا ولا في عدمه

اذا كان الموكل انما دفع الدنانير او الدراهم للوكيل لاجل ما يشتريه له واما ان كان دفعه لها وديعه فدفعها الوكيل في ثمن ما اشتراه له فلا يبعد ان يكون متعديا اذا قال بتعيين الدنانير والدراهم لانه قد يتعلق للامر بعينها غرض صحيح اما لشبهه فيها فلا يحب تفويتها في الشرا بها حتى ينظر في اصلاح تلك الشبهه او لتحقق طيب كسبها فيحب ان يشتري بها لقوته لا لتجارته او لغير ذلك من الوجوه التي يقصد الناس اليها والضمير المجرور من قوله بعينها والضمير المنصوب من قوله نقدها راجع الي الدنانير والدراهم وان لم يجر لها ذكر قبل ذلك لانه معلوم من السياق ولا يصح ان يكون الثمن في الصوره الاولى من هاتين الصورتين عرضا لما يلزم عليه من السلم الحال ولا يخفى عليك تصوره هنا وقوله وفي بيع بالدنانير فباع بالدراهم او بالعكس قولان بنا على انهما في العرض سوا او لا يعني ان المذهب اختلف على قولين في الوكيل يومر بان يبيع بالدنانير فيبيع بالدراهم او يومر بالدراهم فيبيع بالدنانير وهذا هو مراده بالعكس هل يكون متعديا في هذه المخالفه واشار بما ذكره من سبب الخلاف الي ان هذا الخلاف ليس بتحقيق خلاف وانما هو خلاف في حال هل يقوم كل واحد من الدنانير والدراهم مقام الاخر اولي وهو صحيح على ان الاصل في مخالفه الوكيل لما امره به الموكل ان يكون متعديا واشترشاه بدينار فاشترى شاتين فان كان قادرا على الافراد لم يلزمه يعني اذا امر الموكل الوكيل بان يشتري له شاه بدينار دفعه اليه فاشترى له بذلك الدينار شاتين فاختلف المذهب في ذلك على ثلاثه اقوال احدها عدم لزوم الشاتين للامر وهو قول اصبغ ولم يفصل بين ان يكون الوكيل قادرا على الافراد واحده منهما بالشرا او لا والثاني لزوم الشاتين وهو مذهب اصبغ ولم يفصل لا ايضا والقول الثالث التفصيل بين ان يكون الوكيل قادرا على افراد واحده منهما

بالشرا او لا

بالشرا فلا يلزمه الامر او يكون قادرا فيلزمانه ذكره ابن شاس عن ابن المواز والذي حكاه ابو محمد في النوادر عن كتاب محمد ظاهر في هذا وليس بصريح لكن قال بعض الشيوخ لا يختلف في لزومهما معا اذا لم يمكن الوكيل شرا واحده منهما على انفراده وقد احتج جماعه لقول اصبغ لحديث عروه ابن الجعد الذي ذكرناه اول الكتاب لانه لو لم تكن الشاه الثانيه لازمه للنبي صلى الله عليه وسلم لم ياخذ ثمنها ولما اقره على ما فعل وقال بعضهم لو لم تكن ايضا الشاه الثانيه على ملك عروه لما باعها ولما اقره النبي صلى الله عليه وسلم على جواز بيعها وانما باعها على ملكه ولكن للنبي صلى الله عليه وسلم الخيار في قبولها لانه اشتراها له واذا قلنا بقول ابن القاسم وابن الماجشون فقال ابن القاسم تلزم الموكل واحده ويخير في الواحده الثانيه بين ان يقبلها او يردها وياخذ ما ينوبها من الثمن وقال ابن الماجشون في المبسوط يخير بين قبول الاثنين بجميع الثمن او يردهما وياخذ جميع الثمن هذا نقل بعض الشيوخ قلت وقد حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا امره بشرا جاريه بعينها او موصوفه بثمن فاشتراها به ومتاعا معها في صفقه فالامر مخير ان يقبل الجميع او ياخذ الجاريه بحصتها من الثمن قال وان هلك الجميع قبل علمه فمصيبه الجاريه وحدها منه بحصتها من الثمن والاقرب عندي من مقاصد الناس عرفا قول اصبغ وقول ابن المواز صحيح والله سبحانه اعلم فان اشترى الجاريتين او الشاتين واحده بعد اخرى فالاولى منهما للموكل والثانيه للوكيل اذا لم يختر الموكل اخذها ويردها اشتراها بعد ان كان الوكيل قبض ثمنها من الموكل ولو امره ان يشتري له جاريه او ثوبا على صفه ما بثمن محدود فاشترى نصف جاريه او نصف ثوب لم يلزم ذلك الموكل ووجهه ظاهر ولو امره ان يشتري له عشره اثواب فاشتراها له صفقه واحده او ثوبا بعد ثوب لزم ذلك

الموكل الا ان يدل العرف على احد هذين الوجهين خاصة فيتعين وقوله وبع
الى اجل يقيده العرف يعني ان قول الامر للمامور بع هذه السلعة الى اجل
مطلق يقبل جميع الاجال على البدل في مقتضى اللغة لكن العرف مقيد له فلا يبيع
المامور الا الى اجل اقتضاه العرف في تلك السلعة كما ان العرف يقيد مقدار الثمن
وهذا صحيح فان المعتبر من الكلام انما هو عرف التخاطب لا مقتضى اللغة الا اذا
كان الامر والمامور عربيين والله سبحانه اعلم وقوله واشترى لي عبدا
فاشترى ما لا يليق به في خبازه قولان لابن القاسم واشهب يعني اذا امره
ان يشتري له عبدا واطلق ولم يقيد فان اشترى المامور للامر ما يليق به
استعماله او التجارة فيه لزمه ذلك بلا خلاف وان اشترى له ما لا يليق به
في وجه من هذين الوجهين فاختلف في ذلك فقال ابن القاسم هو متعد
ويخير الامر في قبول ما اشتراه او رده وراي ان العرف يقيد هذا الاطلاق
كما في المسلة السابقة وقال اشهب لا يكون المامور متعديا ويلزم الامر
ما اشتراه له من العبيد ولعله راي ان العرف في التجارة لا ينضبط فراي
ان اللفظ مطلق والاصل بقاوه على ذلك حتى يظهر ما يقيده ولم يظهر
وجرت عادة المدرسين بمعارضة قول ابن القاسم واشهب بقولها فيمن حلف
لا ياكل روسا هل يحنث باكل روس الطير او لا يدخل بيتا هل يحنث بدخول
بيت الشعر حنثه بذلك ابن القاسم ولم يحنثه اشهب فيقولون التقييد
واشهب قيد اطلاق اللفظ بالعرف في مسلة اليمين واصله في مسلة الوكالة
عدم التقييد وهذا الاعتراض ساقط جدا فانه لا يلزم من اطراد العرف
في وجه ما او في مسلة ما اطرادها في نظير تلك المسلة لجواز ان يستعمل
اهل العرف لفظه في تخصيص معين من اشخاص النوع دون بقية اشخاص ذلك
النوع او يخصون اللفظ بشرع في باب من ابواب الفقه دون غيره من الابواب
وبالجملة ان القياس لا يدخل المسايل العرفية وهذا معلوم قطعا عند المحققين

اذا عرف

اذا عرف هذا فيكون ابن القاسم قد ثبت عنده ان اهل العرف لا يقصدون
لفظ البيت المبني بل يقفوه على ما هو عليه في اللغة وثبت التقييد بذلك
عند اشهب فيكون الخلاف بينهما خلافا في حال وهذه مسلة الوكالة وقوله
وذلك المخصص بالعرف يعني ان العرف كما يقيد المطلق على ما قدمه المولف
الا ان وبع الى اجل يقيده العرف فكذلك يخصص العام كما لو قال له اشتر لي
ثوبا من اي الاثواب شئت وشبه ذلك من الالفاظ العامة في اشخاص الاثواب
او الاثمان او الاجال فان العرف اذا ثبت مخصص للعام وقد قال في المدونة في اول
كتاب العارية ومن استعار دابة لركبها حيث شا وهو بالفسطاط فركبها
الى الشام او افريقية فان كان وجه عاريته الى مثل ذلك فلا شي عليه والا
ضمن قال والذي يسال رجلا ليسرج له دابة ليركبها في حاجة فيقول له اركبها
اركبها حيث احببت فهذا يعلم الناس انه لم يسرجها له الى الشام او الى
افريقية هذا هو الذي تقتضيه اصول المذهب على ان لاصحاب اصول الفقه
كلاما في العموم هل يخص بالعادة اولا وتفصيل التحرير في ذلك حسن وقوله
ولا يبيع بعرض ولا نسيه ولا بتغابن فاحش الا باذن يعني ان هذه الصورة
مما قيد العرف فيها اطلاق كلام الامر على ما تقدم فان قلت هلا اتبع المولف
بما قدمه من هذا من النوع اعني من تقييد العرف اطلاق لفظ الموكل قلت الذي
قدمه انما هو باعتبار الشرا وهذه المسايل باعتبار البيع فذكر هذا النوع
لشهرة مسايله وشهرة الخلاف الذي للعلما فيها فقال مالك والشافعي ان الوكيل
لا يبيع الا بنقد البلد فضلا عن كونه لا يبيع بالعرض وقال ابو حنيفة اذا باع
بغير نقد البلد لا يكون متعديا وكذلك اذا باع بالعرض قال من نصر مذهب مالك
والشافعي اجمع معنا ابو حنيفة على ان العرف يقيد قول الموكل في الشرا فكذلك
يجب في البيع الا ترى انه يقول اذا وكله على شرا سلعة فانه لا يشتريها الا بثمن
المثل ولان المعتمد ان كان هو مجرد اللفظ فلا فرق بين البيع والشرا وان كان المعتبر

المعتبر هو مقصد الامر على ما يقتضيه العرف فلا فرق بين البيع والشرا والخفيه
عن هذا اجوبه اقربها مع ضعفها ان الوكيل على البيع وكيل على ما يملك الموكل
التصرف فيه على الاطلاق لان السلعه له فيبيعها متى شا كما كان للموكل ان
يبيعها لان الموكل قد ملكه ذلك والموكل على الشرا لا يملك السلعه المشتراه
قبل اشترائها واذا كان ذلك لم يكن للموكل ان يلزمه ذمته ما شا
على الاطلاق لان الاثمان في الذمم والموكل لم يملك الوكيل ذمته حتى يتصرف
فيها كيف شا فان وقع التعدي من الوكيل فباع بغير العين فقال مالك
في السلم الثاني من المدونه ان باع المامور السلعه بغير العين من عرض او
غيره وانتقد فلا يجب له الا ان يضمن المامور الا ان يجيز الامر فعله
وياخذ ما باع به وفي كتاب محمد الامر مخير في ان يجيز ذلك او تباع له السلع
الماخوذه فان كان فيها زياده اخذها وان نقصت عن القيمه غرم للمامور
تمامها وذلك اذا كانت سلعه الامر لم تتغير بسوق ولا بدن وان
تغيرت فليس له الا القيمه او ما بيعت به سلعته وفي كتاب الوكالات من
المدونه لغير ابن القاسم فان باعها ولم تفت فليس له تضمينه وله اخذ
سلعته او يجيز البيع وان فاتت فله ان شا القيمه او ما بيعت به سلعته
ورجح غير واحد هذا على ما في كتاب محمد وان كان الذي في كتاب محمد وقع في
بعض روايات المدونه بان سلعه الامر اذا كانت قائمه لم تفت على الامر
شي فلا ينبغي ان يكون له الخيار الا في اجازه ما فعله الوكيل او رده واما
ان تباع له السلعه التي باع بها فلا ومنهم من حمل ما قاله ابن المواز على
ان المشتري نازع في كون هذه السلعه المبيعه للموكل فاستوثق لذلك بقيامها
وحوالتها وقد ظهر مما تقدم انه اذا امره ان يشتري له سلعه فاشتراها
بغير العين انه متعد فان وقع ذلك فقال في المدونه ان الموكل لا يلزمه
ما عقد عليه لكن للموكل ان يجيز فعله ويدفع اليه ما وداه من الثمن

وظاهره انه سواء كان ما اشترى به الوكيل من ذوات الامثال او من ذوات القيم وفي
الاسديه عن ابن القاسم انه اذا اجاز فعله وقد كان دفع عرضا فانه انما يدفع
اليه قيمه العرض وللاشياخ زيادات في هذه المسله لا يليق ذكرها بكلام المولف
واما ما اشار اليه المولف ثانيا من ان الوكيل لا يبيع بالنسيه اذا كانت الوكاله مطلقه
فهو ايضا مذهب مالك والشافعي وقال ابو حنيفه له ان يبيع بالنسيه ووافقه
على ذلك محمد بن الحسن وابو يوسف وان خالفاه في المسله السابقه واذا وقعت
هذه المسله فباع الوكيل بالنسيه وقد اطلق له في الوكاله فقال ابن المواز ان
لم يسم له ثمنا فباعها بثمن موجل فرضي به الامر فان كانت السلعه قايمه بيد
المشتري فرضي الموكل بالثمن الذي بيعت به فذلك جايز وان فاتت لم يجز لانه
لا يتهم اذا لم تفت كان الامر قادرا على امضا البيع ورده فيصير لاجل ذلك كانه
بايع لها بالمضايه واما اذا فاتت فالغالب ان قيمتها معجله اقل من الثمن الموجل
الذي باعها به الوكيل فيصير الموكل بايعا للقيمه القليله التي وجبت له الان
بثمن اكثر منها الى اجل وذلك هو الربا ولهذا قال في العتبيه بعد ان ذكر قريبا
مما قاله ابن المواز هنا ان كان باعها بمثل القيمه فاقل جاز ان يرضى لانه رفق منه
بالمتعدي اذا فسخ مثل ما وجب له عليه في مثله او اقل قال فان باع السلعه باكثر
من القيمه فرضي المتعدي ان يعجل له القيمه ويقبض ذلك لنفسه عند الاجل ويدفع
ما زاد على القيمه للامر اجبر الامر على ذلك ولم يمكن من بيع الدين هذا كله
اذا لم يسم الموكل للوكيل الثمن الذي امره ان يبيع به السلعه فان سمى له الثمن
فباع باكثر منه الى اجل مثل ان يامره بعشره نقدا فباع بخمسه عشر الى
اجل فلا شك انه تعدي على الموكل فاذا كانت السلعه قايمه فان قلنا بالقول
الذي قدمناه ان الوكيل بتعديه يعد ملتزما لما امره به الموكل فلا يلزم
الوكيل الا العشره التي امره الموكل ان يبيع بها وان قلنا ان الوكيل لا يعد
ملتزما لما امره به الموكل خير الموكل في اجازه البيع او رده وان فاتت

السلعة فالمشهور من المذهب أن الموكل لا يمكن من إغرام الوكيل التسمية وعلى
ما نبهناك الآن عليه من أنه بعد الوكيل ملتزما يكون له ذلك والمشهور أيضا
من المذهب أنه ليس للآمر الرضى بالثمن الذي باع نقدا به لإمكان أن يكون قد رضي
بما فعله الوكيل فيكون قد وجبت له خمسة عشر دينارا إلى أجل وعدل عنها
إلى عشرة نقدا وذلك ضع وتعجل وظاهر ما في كتاب ابن حبيب أن له ذلك
ولا يخفى عليك الأصل الذي يجري عليه هذان القولان وإنما منعوا الموكل في
المشهور من الرضا بالعشرة لما قلناه ومنعوه أيضا من الرضى بالخمسة عشر
إلى أجلها لاحتمال أن يكون عزم على مطالبة الوكيل بحكم التعدي وهذا
يوجب على الوكيل غرامة العشرة التي سماها الموكل فيكون قد وجب له عدد
حال وانتقل إلى أكثر منه مؤجلا وذلك لا يجوز وظاهر كتاب ابن حبيب
أن ذلك يجوز هنا فلذلك قال في المشهور لا بد من بيع الدين لأنه ليس للموكل
وجه يأخذ منه عوض سلعته سوى ثمن الدين فإن بيع بمثل التسمية أو القيمة
فلا كلام وإن بيع بأزيد من التسمية والقيمة أخذ الموكل جميع ذلك وإن
بيع بأقل غرم الوكيل تمام التسمية أو القيمة فإن قال الوكيل أنا أرضى أن أغرم
للموكل جميع التسمية أو القيمة ويؤخر بيع الدين حتى يحل الأجل فآخذ ما
كنت دفعته للموكل وأعطيه ما زاد فإن كان الدين لو بيع لم يبع إلا بعشرة
لا أقل منها ولا أكثر جاز ذلك إذ لا مانع يوجبه لأن الوكيل سلف الآن
الموكل عشرة يقتضيها عند الأجل ويأخذ الموكل الزيادة فلا مانع يقع
للسلف بوجه وذلك هبة للموكل وإن كان الدين لو بيع الآن لبيع بأحد
عشر فأزيد إلى أربعة عشر لم يجز رضى الموكل بذلك لأنه وجب له أحد
عشر دينارا معجلة ببيع الدين عدل عنها إلى أخذ خمسة عشر إلى أجل
وذلك فسخ الدين في دين وحكي فيه قول بالجواز أعني في هذه الصورة.
وإن كان الدين لو بيع لما بيع إلا بثمانية فاختلف ابن القاسم وأشهب هل يجوز

تراضي

تراضي الموكل والوكيل على عشرة يأخذها الآن الموكل من الوكيل حسبما قدمناه
فأجاز ذلك ابن القاسم ومنعه أشهب واستحسن غير واحد من الشيوخ
مذهب أشهب لأن الوكيل سلف عشرة لينتفع بالسلامة من غرامة دينارين
وذلك أنا لو بعنا الدين بثمانية لأدى الوكيل من ماله دينارين تمام العشرة
لا يرجع بهما على أحد فرضاه الآن بإعطاء الموكل عشرة يأخذها عند
حلول الأجل ويأخذ الموكل أيضا الخمسة الباقية يوجب سلامة الوكيل من
غرامة الدينارين وذلك سلف جر منفعة حقيقة واختار بعضهم مذهب
ابن القاسم بناء على قاعدة أخرى في هذا الباب وهو أن جماعة من الشيوخ قالوا
إنما يباع الدين في مسائل تعدي الوكيل إذا كان في بيعه فائدة للموكل
وهو ربح يأخذه فأما إذا لم يكن فيه ربح بل كان فيه خسارة فلا فائدة في
بيعه وتؤخذ التسمية أو القيمة من الوكيل إذا أمكن أخذها منه فإذا
كان الدين في هذه المسألة لا يساوي عشرة لم يتوجه الحكم ببيعه فلا
تلزم الوكيل حينئذ خسارة ينتفع بالسلامة منها وأيضا فبيع هذا الدين
على خلاف الأصل لأن الموكل إن طلب الوكيل بحكم التعدي لزمه التسمية
أو القيمة وكان الدين للوكيل وإن دفع عنه حكم التعدي كان الدين للموكل
هذه جملة ما ذكره الشيوخ هنا ولم يبق منها إلا ما يزيدنا بعد عن كلام
المؤلف ولنا قوله ولا يتغابن فاحش إلا بإذن فقد قدمنا عن أبي حنيفة
أن له أن يبيع بالنسيئة وكذلك قال هنا إن باع بأقل ولو بثمن فاحش
مضى بيعه وأشرنا فيما تقدم إلى سبب الخلاف وأشرنا أيضا إلى أن
الوكيل بتعديه في هذا وشبهه هل يكون ملتزما للتسمية التي أمر بها
أو القيمة إن لم تكن تسمية سواء كانت السلعة التي أمر ببيعها قائمة
أو فائتة والمشهور إن كانت قائمة فلا يضمن الوكيل شيئا وإن كانت
فائتة ضمن الوكيل والذي قلناه في القائمة هو إذا ثبت قول الآمر ببينة

فان لم يثبت قوله ببينه فلها حكم اخر لا يناسب ذكره هنا وقوله ولا يبيع من نفسه ولا ولده ولا يتيمه ولا يشتري وقيل له ذلك ويتولى طرفي العقد كالوكيل من كلا الجانبين في البيع والنكاح • اما بيعه من نفسه السلعه التي وكل عليها فالمشهور المعروف من المذهب ان ذلك لا يجوز وهو مذهب اكثر العلماء خارج المذهب فيما علمت وقال القاضي عبد الوهاب اذا باع واشترى بالاثمان لا محاباه فيها فان ذلك جايز والذين منعوه من ان يبيع من نفسه منهم من قال انه لا يتناوله خطاب الموكل فلا يدخل تحت لفظ الوكاله يشيرون بذلك الى اجرا هذه المسله على الخلاف المذكور في الاصول هل يدخل المخاطب تحت الخطاب ومنهم من قال انا وان سلمنا ان المخاطب يدخل تحت الخطاب الا ان ها هنا مانعا من دخوله وهو التهمه على ان يحابي نفسه فان النفوس مجبوله على ذلك فان قلت يعلم انه لم يحاب نفسه اذا باع بالقيمه واكثر كما اشار اليه القاضي عبد الوهاب قلت قد لا يعلم ذلك بهذا السبب لاحتمال ان يكون هناك من المشترين من يزيد على القيمه لو عرضت عليه هذه السلعه فاشتراها الوكيل من نفسه بالقيمه ولم يعرضها على غيره او عرضها ولكنه لم يستقص الاثمان لكن قد قدمنا الاشاره الى ان هناك من لم يلتفت الى هذا في الامور التي يلزم الوكيل ان يفعلها للموكل والاقرب انه لا يختلف في اعتباره اذا لم يسم له ثمن وانما يقع النظر في ذلك اذا سمي له الثمن الذي يبيع به وفي كتاب القراض من المدونه فيمن اشترى سلعه بدنانير ثم بعد شرايها ذهب لرجل اخذ منه مالا قراضا واراد ان ينقده في تلك السلعه التي اشتراها انه نهي عن ذلك قال الا ان يخاف ان يكون استغلاها بعد ان اشتراها فاراد ان يعرفها وقع فيه من غير مال القراض فاراد بعض الشيوخ ان يجعل هذه المسله تقرب مما ذهب اليه القاضي عبد الوهاب وفيه نظر وانما تقرب من طريق من منع الوكيل

ان يشتري

ان يشتري من نفسه لاجل التهمه فتامله وقال عبد الله بن القاسم في كتاب القراض ايضا ان من وكل على بيع عبد فباعه من نفسه واعتق العبد الذي اشتراه فان عتقه مردود وذكر ابن حبيب ان الوكيل على بيع سلعه فاشتراها وباعها بربح ان الربح للموكل وكذلك الوصي اذا اشترى من مال الايتام لنفسه وباعه بربح فان الربح لهم فراي ان ذلك البيع الذي باعه من نفسه كانه لم يكن لكونه معزولا عنه والبيع الثاني من الاجنبي وقع في محله ولم يعتبر نيته في انه باع عن نفسه لا عن الموكل واطلق المولف القول في ولد الوكيل ومراده انما هو الصغير لذلك نص عليه في المدونه بخلاف ولده الكبير واجاز سحنون بيعه من ولده الصغير ومن يتيمه الذي في ولايته لان العهده في جانبهما والاقرب هو المشهور لان التهمه بالميل مع هولا قويه وان كان اجاز في المدونه للوكيل على السلم ان يسلم الى زوجته او احد ابويه او جده او جدته او مكاتبه او مدبره او ام ولده اذا صح بغير محاباه فهكذا فهمها الاكثرون غير انهم قيدوا المسله بان يكون المدبر وام الولد مادونا لهما في التجاره وقال اللخمي لا يجوز عندي ان يسلم الى عبده او مدبره ولا ان عبده المادون له في التجاره وفي فهم ما نسبوه الى المدونه عندي نظر لا يليق ذكره هنا ومنع في المدونه ان يسلم الوكيل الى شريكه المفاوض قال سحنون الا ان يكون في غير المال الذي فاوضه فيه واما قول المولف ويتولى حينيذ طرفي العقد فمتفرع على القول الثاني وهو الذي قدمناه عن القاضي عبد الوهاب وهكذا الحكم على المشهور بل على كل قول اذا نص للوكيل على ان يبيع من نفسه ان شا فانه يتولى طرفي العقد فان قلت كيف ساغ للمولف ان يشبه الشي بنفسه حيث قال كالوكيل من كلا الجانبين في البيع والنكاح قلت لم يشبه الشي بنفسه وانما اراد ان الوكيل على البيع اذا باع من نفسه على

على القول الذي يبيح له ذلك فانه يتولى طرفي العقد كما يتولاه الوكيل على
البيع اذا كان وكيلا على الشرا فاراد ان يبيع ويشتري عن موكليه معا
ويسوغ له ذلك كذلك يسوغ له اذا كان وكيلا من احد الجانبين خاصه
وهذا في النكاح وقد تقدمت مسله النكاح في محلها وقوله ولو اشترى
من يعتق عليه عالما ولم يعينه الموكل لم يعتق على الموكل وفي عتقه على
الوكيل قولان • لما تقدم الكلام على الاوصاف المحسوسه التي توجب تقييد
مطلق الوكاله او تخصيص عامها اتبع ذلك بالامور الحكميه التي
تشارك ما تقدم في التقييد والتخصيص والمعنى الذي لاجله منع الوكيل
من شرا هذا النوع هو كون المبيع لا تحصل بسببه للموكل المنفعه المقصوده
منه عاده وهي الاستخدام وغير ذلك مما يحصل للاجنبي منه فان كان الوكيل
عالما بان العبد الذي اشتراه ابو موكله او ابن له لم يلزم الامر ولم يعتق
عليه لانه اشترى له ما لا ينتفع به كما قدمنا ويلزم هذا الشرا للوكيل
واختلف المذهب بعد ذلك هل يعتق عليه او لا على قولين احدهما انه يعتق
عليه وهو قول البرقي وقال عبيد ابن معاويه انه لا يعتق عليه وهو
الذي قال الشيخ ابن عمران انه يجري على مذهب ابن القاسم اذ لا موجب لعتقه لانه
لا قرابه بينه وبين الوكيل والموكل لم يلزمه الشرا ورأى البرقي ان الوكيل
التزم عتقه لما اشتراه لموكله عالما بانه لا يستقر ملكه عليه وعتق الانسان
عن غيره صحيح وقد اختلف الشيوخ في اي المذهبين يجري على قول ابن
القاسم ولو ادعى الموكل على الوكيل انه اشتراه عالما بكونه ممن يعتق عليه كان
القول قول الوكيل لانه ادعى عليه عماره ذمته فاذا حلف الوكيل لزم الموكل
الشرا وعتق عليه العبد وان نكل الوكيل عن اليمين وحلف الموكل لم يلزمه
هذا العقد وعتق العبد على الوكيل قولا واحدا لاقراره بحريه هذا العبد
على الموكل وانه خرج من الرق بسبب انه اشتراه له غير عالم قال ذلك بعضهم

وقوله وعلى عتقه ان كان معسرا بيع او بعضه وعتق ما فضل والولا
للموكل • يعني واذا فرعنا على القول بانه يعتق على الوكيل كما يعتق عليه اذا
موسرا اتبع بثمنه فلو كان معسرا فيتبع بعضه الا ان ما يفي بثمنه الذي اشتراه
به فانه يباع منه ذلك البعض ويعتق باقيه ويكون ولاوه ان اعتق جميعه
او ولا بعضه ان اعتق بعضه للموكل لا للوكيل وهذا ظاهر المعنى وقد
دل كلام المولف بحسب مفهوم الشرط ان الوكيل لو اشترى من قرابه من يعتق على
الموكل وهو غير عالم فانه يعتق على الموكل وكذلك هو المنصوص في المدونه
غير ان في ذلك اشكالا وهو ان يقال عقد الوكاله اما ان يتضمن قرابه الموكل
او لا فان تضمنهم صح ذلك مع علم الوكيل ولزم البيع للموكل وعتقوا عليه
وان لم يتضمنهم لم يصح البيع مع عدم العلم ولا يلزم العتق وقد خرج غير
واحد خلافا في عدم لزوم البيع اذا لم يكن الوكيل عالما ومنهم من استقراه
من كتاب الرهن من المدونه وفيه نظر وقوله العاقدان • لا خفا ان
مراده بالعاقدين هو الموكل والوكيل لان الوكيل كالواهب والمعير والموكل كالموهوب
له والمستعير ان كانت الوكاله بلا عوض وان كانت بعوض فالوكيل اجير والموكل
مستاجر وقوله ومن جاز ان يتصرف لنفسه جاز ان يوكل او يتوكل الا لمانع
• قد تقدم قبل هذا من الكلام على المحجورين ومن يستحق ان يحجر عليه من هو الذي
يجوز له ان يتصرف لنفسه ومن لا يجوز له ان يتصرف لنفسه فلذلك حسن من المولف
ان يجعل السبب والطريق الذي يعرفه من يوكل ويتوكل من يجوز له التصرف لنفسه
ولما كان التوكيل والتوكل راجعين الى العاريه والاجاره كما قلناه الان ولا
يجوزان الا ممن يجوز له التصرف لنفسه صح جعلهما او جعل لازمهما سببا
لصحه التوكيل والتوكل فان قلت ظاهر كلام المولف على ما قلته من جعله جواز
التصرف للنفس سببا لصحه التوكيل والتوكل الا لمانع الا ان ذلك مشكل لان هذا
السبب قد يفقد ويبقى مسببه وهو جواز التوكيل الا تراه قد اجاز في المدونه

وكالة العبد على المسلم اعني ان يكون وكيلا لغيره قال سوا كانا قد دونا له في التجارة او محجورا عليه قلت لا شك ان معني مسئلة المدونة عند الجميع ان ذلك مشروط باذن سيد العبد وعلي هذا التقدير فلا اشكال لانه يصدق كلام المولف على هذه الصورة مما لا يجوز له ان يتصرف في ماله بان يسلمه باذن سيده فكذلك لا يجوز له ان يوكل ويتوكل على المسلم باذن سيده وفي كلام المولف المولف حذف في موضعين احدهما في صلة المبتدا ان عددت من موصله او في خبرها ان عددتها شرطية وذلك المحذوف مجرورا او شبهه اي ومن جاز له ان يتصرف لنفسه في شي ما والمحذوف الثاني في الخبر ان عددت من موصوله او في خبرها ان عددتها شرطية وتقديره جاز له ان يوكل ويتوكل في ذلك الشي وقوله

وفيها لا يوكل الذمي على مسلم او بيع او شرا او تبضع معه وكرهه وكره ان عداه لما استثنى المولف في المسئلة السابقة فقال الا لمانع احتاج ان يبين ذلك المانع ما هو فذكر مسئلة المدونة هذه ومعناها ظاهر غير انه ليس فيما بين ايدينا من المختصر ان هذا اللفظ عن المدونة في كراهته توكيل الذمي على المسلم وانما فيها كراهته ان يكون وكيلا للمسلم على تقاضي ديونه وتاول ذلك بعض الشيوخ على نحو ما ذكره المولف ولا يبعد عن اصول المذهب وتحتمل ان يكون منعه لذلك خشية ان يعمل بالربا وهو الذي يعطيه قوة كلامه هنالك وصرح بعض المختصرين للمدونة بان توكيل الذمي على البيع والشرا لا يجوز عند ملك وكما يكره للمسلم ان يوكل الذمي على ما ذكره المولف فلذلك يكره للمسلم ان يتوكل للذمي وسياتي ان شا الله تعالى في الوصايا الكلام على ايصا المسلم ذميا على ولده وقوله ولا يوكل عدو على عدوه • يعني لما في ذلك من الاضرار على من عليه الدين وشبهه وقد تقدم الكلام على جواز بيع الدين من العدو وهل يفسخ او يمنع وقوله وبكل الوكيل المطالبة بالثمن وقبضه وقبض المبيع والرد بالعيب • يعني ان عقد الوكالة على البيع

بستلزم

بستلزم ان يكون للوكيل المطالبة بثمن ذلك المبيع وقبض الثمن وكذلك الوكالة على الشرا تستلزم قبض ما اشتراه وهو مراده بقوله وقبض المبيع وكذلك تستلزم هذه الوكالة ان يكون للوكيل الرد بالعيب وهذا كله في الوكالة المطلقة واما الوكالة المقيدة فيكون للوكيل ما قيد له الموكل لا يتعداه وقوله فان علم بالعيب كان له ولا رد الا في اليسير وشراوه نظر • لما قدم قوق هذا ان للوكيل الرد بالعيب ومعناه فيما وكل على شرايه من غير المعين مما لم يطلع الوكيل على العيب فيه الا بعد عقده البيع فيكون له الرد كما يكون له فيما اشتراه لنفسه ذكر المولف هنا قسيم ذلك وهو ان يشترى الوكيل المعيب عالما بعيبه فاذا اشتراه كذلك لزم الوكيل وعليه يعود الضمير المجرور من قوله ولا رد فان قلت الى ماذا يرجع الاستثنا قلت الى قوله كان له اي ان الوكيل على ذلك العيب يسيرا والثاني ان يكون شراوه نظرا للامر فان اختل الشرطان او احدهما لزم ذلك الشي المشترى للوكيل وحده ولا يلزم الامر وقولنا انهما شرطان مجاز طلبا لزيادة البيان والاقرب الى مراد المولف وهي عادته في غير هذا الموضع انه شرط واحد ولذلك جعل ما عددناه شرطا ثانيا يلحمه حالية من الشرط الاول وادخل عليه واو الحال والامر في هذا وشبهه قريب وحيث قلنا في هذه السلعة المعيبة انها لازمة للمامور فانما معناه ان الامر لم يشا اخذها واما لو اراد اخذها فذلك له لان المامور اشتراها له قال ملك في المدونة وان امرته بشرا سلعة فاشتراها معيبة فان كان عيبا خفيفا يغتفر مثله وقد كان شراوها فرصة لزمك وان كان عيبا مفسدا لم يلزمك الا ان تشا وهي لازمة للمامور وقوله فلو عينه الموكل فلا رد للوكيل وقال اشهب له الرد • يعني ان ما قدمه من التفريق هنا هو في الوكالة على شرا ثوب او عبد مثلا غير معين كما فسرنا كلامه ولو وكله على شرا ثوب معين او عبد كذلك فاطلع على عيب بعد الشرا

فذكر المؤلف قولين احدهما انه لا رد للوكيل والنظر في رد المبيع وقبوله للامر
وحده والقول الثاني ونسبه لاشهب ان للوكيل القبول والرد فيتحصل من نقله
اولا واخرا ان الوكالة ان كانت على شرا غير معين فاطلع الوكيل على عيب كان له
الرد وان كان على معين فهل له الرد او للموكل في ذلك قولان والمسلة في المذهب
على العكس ان كانت السلعة التي وكل على شرايها معينة فالخيار للامر وحده
وليس للمامور معه كلام قال بعض الشيوخ واتفق المذهب على ذلك وان كانت
غير معينة فهاهنا قولان مشهوران وهذه الطريقة التي سلكها المؤلف
في النقل هنا هي طريقة الشافعية وحكاية مذهبهم قال في المدونة وان
وجد الوكيل عيبا بالسلعة بعد الشرا وقد امره بشرايها بعينها فلا رد له
اذ العهدة للامر وان كانت بغير عينها فللمامور الرد ليس لان العهدة له دون
الامر ولكن ضمانه لمخالفة الصفة وهو عالم وامكنه الرد قال اشهب وان
كانت موصوفة فالامر مقدم في الرضى او الرد وله ان ياخذها بعد رد المامور
اياها اذا لم يجز ردها وان كانت ضمنها المامور لانه متعد في الرد لسلعة
قد وجبت للمامور قال ابن القاسم وهذا كله في وكيل مخصوص فاما المفوض اليه
فيجوز جميع ما صنع مما ذكرناه من اقالة او رد بعيب ونحوه على الاجتهاد بلا
محاباة قال الشيخ ابو عمران اذا كان امساك هذه السلعة يوجب الضمان على
مذهب ابن القاسم وردها يوجب الضمان على مذهب اشهب فالحيلة في التخلص منه
ان يرفع الى الحاكم فيحكم باحد المذهبين فيسقط عنه الضمان وقوله ويطالب
بالثمن والمثمن ما لم يصرح بالبراءة ه يعني ان الوكيل على الشرا من حق البائع
ان يطالبه بثمن ما اشتراه منه وكذلك الوكيل على البيع من حق المشتري ان
يطالبه بدفع المبيع له ولا ينجيه علم البائع في الاولى ولا علم المشتري في
الثانية انه هذا وكيل ولا التصريح بالوكالة حتى يصرح بانه لا شي عليه من دفع
الثمن ولا من دفع المبيع والاصل عند اهل المذهب ان قابض عوض ما يلزمه

دفع عوضه

دفع عوضه فقابض المبيع يلزمه دفع عوضه وهو الثمن وقابض الثمن يلزمه
دفع عوضه وهو المبيع بخلاف الولي غير الجابر في النكاح وقد تقدم في محله
قال مالك في المدونة في كتاب العيوب ومن ابتاع سلعة لرجل فاعلم البايع
انه انما يشتريها لفلان فالثمن على الوكيل نقدا او مؤجلا حتى يقول الذي
في العقد انما ينقدك فلان دوني فالثمن على الامر حينيذ ومثله في كتاب
ابن المواز وزاد الا ان يقر الامر فليتبع ايهما شا الا ان يقول انت دفعت
الثمن للمامور فليحلف ويبرا ويتبع المامور ولم يذكر هل قبض الامر المبيع
او لم يقبضه وهذا الذي قاله المؤلف في هذا الموضع والذي حكاه من
المدونة وكتاب ابن المواز هو اصل المذهب لكن وقع في كتاب السلم الثاني من
المدونة عن مالك ان من امر رجلا ياخذ له سلما من اخر فانه يلزمه قال
فان شرط عليك المبتاع انه ان لم يرض الرجل فانا اسلم عليك جاز قال وكذلك
ان ابتعت لرجل سلعة بامره من رجل يعرفه فاشترط عليك البايع ان الرجل
ان اقر له بالثمن والا فهو عليك نقدا او الى اجل فلا باس بذلك وظاهر هذا
ان المطالب بالعوض في المسالتين انما هو الموكل لا الوكيل وانه لا يلزم الوكيل
الا بشرط على ان اشهب وسحنونا قد خالفا في مسلة السلم وقالا انها لا تجوز
ولقولهما وجه ولابن القاسم في غير مسلة ما يشبهه ويتعلق بمسايل
المدونة هذه كلام يطول تركناه لذلك قال في كتاب محمد وان قال فلان
بعثني اليك لتبيعه فهذا كالشرط ولا يتبع الا فلانا فان انكر فلان غرم
الرسول راس المال قال اشهب في كتاب محمد ايضا ولو قال بعثني اليك لاشتري منك او
لتبيعني فالثمن على الرسول ولو اقر بذلك المرسل فلا يبرا وكان ذلك عليهما
وقوله والعهدة عليه ما لم يصرح بالوكالة او يعلم فيطالب موكله بما يلزمه
ه يعني ان تباعات المبيع وثمنه من عيب او استحقاق وشبه ذلك لازمة للوكيل
الا ان يصرح بالوكالة او يعلم البايع من الوكيل او المشتري ان من تولى العقد

معه وكيل تولى العقد نايبا عن غيره وجعل الامر في العهده اخف منه في
الثمن لانه جعل الوكيل مطلوبا بالثمن ولا يخرجه منه الا التصريح بالبراة
ولا يكفيه التصريح بالوكاله وفي العهده اكتفى بالتصريح بالوكاله في سقوط
العهده وزاد فالحق بذلك علم البايع او المشترى بالوكاله وفي التحقيق
لا فرق بين المطالبه بالثمن ولا بين العهده سوا ان الطلب بالثمن او المثمن
لا بد منه وقد لا يظهر في المبيع عيب ولا يطرا استحقاق قال في المدونه عن
ابن القاسم ومن باع لرجل سلعه بامره من رجل فان اعلمه في العقد انها
لفلان فالعهده على ربها فان ردت بعيب فعلى ربها ترد وعليه اليمين
لا على الوكيل وان لم يعلمه انها لفلان حلف الوكيل والا رددنا السلعه عليه
ويريد به كما تقدم انه في الوكيل المخصوص واما الوكيل المفوض اليه او
الوصي فانه يتبع بذلك كما يتبع فيما تولى البايع المعامله فيه وذكر ابن
المواز ان قول مالك اختلف في الوكيل على البيع يبين ان المبيع لغيره
فقال مره يحلف وقال مره اذا بين لم يحلف الا ان يكون مثل هولا النخاسين
والمنادين الجعل ومن يبيع في المواريث فلا تباعه عليهم واما قول المولف
فيطالب موكله بما يلزمه فيعني به ان الوكيل اذا صرح بالوكاله او علم من
تولى المعامله معه بوكالته فقد سقط الطلب عنه ويطالب موكله
بلواحق العيب من استحقاق وعيب وهذا الكلام كالنتيجه عما استثناه المولف
بقوله ما لم يصرح او يعلم ولذلك ادخل الفا الداله على السببيه وقوله
ولو تلف الثمن في يده رجع على موكله ٭ يحتمل ان الوكيل على البيع اذا
باع السلعه التي وكل على بيعها وقبض ثمنها فضاع من يده من غير تعد
ثم اطلع المشترى على عيب ترد منه تلك السلعه او استحقت من يد المشترى
حتى وجب له الرجوع بالثمن فانه يرجع على الموكل ولا يرجع على الوكيل
وعلى هذا التقدير يكون فاعل رجع ضميرا عايدا على المشترى يعلم ثم

ان يريد

السياق

السياق وتضبط لفظه رجع بضم الرا وكسر الجيم على ما لم يسم فاعله
الا ان هذا الوجه بعيد عن كلام المولف لعدم مناسبته لانه داخل تحت المسله
السابقه ويستغنى بها عنه والاقرب انه يريد مسله المدونه فيمن وكل
على شرا سلعه ولم يدفع اليه الموكل ثمنا فاشتراها ثم اخذ الثمن من الامر
ليدفعه الى البايع فضاع فانه يلزم الامر غرمه ثانيه قاله مالك قال ابن
المواز ابن القاسم فيها وان ضاع مرارا حتى يصل الى البايع لكنه ان اراد
المولف هذه المسله فيكون اخل بنقل احد وجهيها وهو ما اذا كان الامر
قد دفع اليه الثمن قبل الشرا فضاع فانه لا يلزم الامر غرم الثمن ثانيه
ان ابى قال في المدونه لانه مال بعينه ذهب بخلاف الاول هذا معنى ما ذكره
في كتاب الوكالات وقال في كتاب القراض عن بعض المدنيين في الوجه الاول من
هذه المسله انه لا يلزم الموكل غرم الثمن ثانيه فاحرى ان يقول ذلك في
الوجه الاول الثاني من المسله وحكى الشيخ ابو محمد عن المغيره في الوكيل
على شرا سلعه بثمن دفعه اليه او قال له اشتر ثم انقد ذلك سوا
ويلزم الامر غرم الثمن ثانيه فحده ثلاثه اقوال قول المغيره هذا
وهو مقابل لقول بعض المدنيين وقول مالك وابن القاسم في المدونه
في التفصيل وحيثما لزم ابن القاسم الموكل غرم الثمن ثانيه فالمترفقال
ابن المواز متمما لكلامه لو تلفت السلعه التي اشترى لوجب على الامر غرم
الثمن ثم ان ضاع غرمه ابدا حتى يصل الى البايع والاقرب عندي مذهب
المغيره لان الثمن في ذمه الموكل والوكيل امين له اما انه في ذمه الموكل
فلان الدنانير والدراهم لا تتعين ولو عينت لم تجز حتى يشترط المشترى
خلفها هكذا حكمها في الظاهر المذهب فيما بين المتبايعين واحرى
فيما بين الموكل والوكيل واما ان الوكيل امين للموكل فبالاتفاق فمسله المدونه
هي التي تقرب من كلام المولف لكنه اخل بالجد وجهيها وبذكر الخلاف

محوبة

ثالث

الذي فيها مع شهرته وقال ابن القاسم في العتبيه في المبضع معه في شرا
جاريه من طرابلس فابتاعها وقال لربها سانقدك الثمن وبعث بها ثم
تلف الثمن فان كان رجع في طلب الثمن عندما ابتاع فان لم ينفق الجاريه فحمل
خبر الامر في غرم الثمن ثانيه واخدها او ردها للمامور وان حملت كانت
للامر بلا ثمن وعلي المامور غرم الثمن ولو فرط في دفع الثمن طويلا ما في
مثله تعريض للتلف فعليه غرمه والسلعه للامر قال العقول ملك في الرسول
بمال يدفعه الي رجل وقدم فلم يدفعه ثم زعم انه هلك فان هلك عند
قدومه بما لا يعد به مفرطا لم يضمن وان طال حبسه حتى عرضه للتلف
فهو ضامن وقوله ولو سلم المبيع ولم يشهد وجحد المشتري الثمن ضمن
• يعني ان الوكيل على البيع ادا باع ولم يشهد علي المشتري بتمام البيع
وسلم اليه المبيع فقبضه منه وانكر المشتري فان الوكيل يضمن وقد
زاد المولف هاهنا لفظه الثمن وهي توجب تشويشا في فهم السامع وليست
هده اللفظه مدكوره في المسله عند جميع من تكلم عليها فيما علمت واثباتها
يقتضي انه لو جحد اصل الشرا لما كان علي الوكيل ضمان ولو سلم المبيع وليس
ذلك في المنصوص للمتقدمين على ما نقف عليه ولو اخر لفظه الثمن فاتي
بها بعد لفظه ضمن لاستقام كلامه على مدهب بعض الشيوخ في فهم
مسله المدونه وذلك ان ابن القاسم قال فيها وان وكله على بيع سلعه
فباعها ولم يشهد على المشتري انه ضامن لانه اتلف الثمن اد لم يشهد قال
وقد قال ملك فيمن ابضع معه ببضاعه ليوصلها الى رجل فدكر انه
اوصلها وانكر المبعوث اليه ان تكون وصلت اليه فان الوكيل ضامن ان لم
يشهد وقد قال بعض الشيوخ ان العاده في عقود البياعات ترك الاشهاد
فلا يضمن الوكيل بترك الاشهاد على عقد البيع ولا مطالبه عليه اذا
كانت السلعه الموكل عليها باقيه في يديه لاكنه ان سلمها كان كالمتلف

لها

لها فيضمن واختلفوا في ضمانه فقال الشيخ ابو محمد يضمن قيمه السلعه وظاهر
ما حكي عن ابن شبلون انه يضمن الثمن وهو اقرب الي لفظ المدونه حيث قال انه
ضامن لانه اتلف الثمن فعلل ضمانه باتلافه الثمن وقد وقع في كتاب ابن المواز
وغيره ما يدل على صحه قول ابن شبلون وقال غيرهما من الشيوخ انه يضمن الاقل
من الثمن او القيمه فان كانت القيمه هي الاقل ضمنها لانه انما وقع التعدي
في تسليم السلعه من غير اشهاد لا في ترك الاشهاد بالعقد وان كان
الثمن اقل لم يضمن غيره لاجل ان الموكل لزمه اخده وذهب ابن الماجشون
في مسله البضاعه التي استشهد بها في المدونه الى ان الوكيل لا يكون متعديا
بترك الاشهاد وقوله ولو اقبض الثمن فكذلك وقيل الا ان تكون العاده
الترك • يعني لو دفع الوكيل ثمن ما اشتراه الموكل او ما تولي هو شراءه
للموكل فدفع ذلك بغير شهاده فانه يضمن للموكل ما دفعه بغير شهاده
واما قول المولف وقيل الي اخره فهذا قول ثان دكره غير واحد واشار
بعض الشيوخ الي انه يختلف في سقوط الضمان اذا كانت العاده ترك الاشهاد
وانما يختلف اذا كانت العاده بالامرين معا الاشهاد وعدمه او لم تكن
عاده البته وبالجمله حيث لم تنضبط العاده بشي فهدا عنده موضع
الخلاف وقيل في الوكيل على دفع محرسه يدفع بغير بينه انه غير ضامن
وعد هدا بعضهم تقييد المشهور ولعل هدا ان صح يكون حيث جرت العاده
بترك الاشهاد ولو قال قبضت الثمن وتلف بري ولم يبرا الغريم الا ببينه
الا في الوكيل المفوض • يعني ولو قال الوكيل قبضت ثمن ما تولي الموكل
بيعه لكن ضاع مني فلا غرم على الوكيل وهو مراد المولف بقوله بري لكن
لا يبرا المشتري الا ببينه تشهد له بمعاينه الدفع للوكيل وانما ترك المولف
دكر المعاينه لانه معلوم من كلامه اد لو لم تشترط المعاينه فيما تشهد
به البينه في هده المسله لكان اقرار الوكيل مقبولا والفرض عدم قبوله

ثم استثنى المؤلف من الاستثناء فقال الا في الوكيل المفوض اي فانه يبرأ لان اقراره مقبول
فلا يحتاج معاينة البينة وبمعنى الوكيل المفوض اليه الوصي قال مطرف واذا وكل
الغريم ما كان عليه فله ان يرجع على الوكيل لانه فرط في دفعه حتى ضاع وقال
ابن الماجشون لا يرجع بشيء حتى يعلم من الوكيل تفريط وهذا اختيار ابن حبيب
وعن ابن القاسم في المأمور يدفع ثوبا الى صباغ فقال دفعته اليه وانكر الصباغ
فان لم يقم الرسول بينة ضمن ولو قال الصباغ قبضته منه وضاع مني وهو عديم
ولا بينة بالدفع اليه فالصباغ ضامن وبرئ المأمور وقوله ولو انكر الوكيل
قبض الثمن فقامت البينة فقال تلف او رددته لم يسمع ولا بينة لانه كذبها ۞ يعني
ان الموكل اذا طلب من وكيله الذي وكله على قبض ثمن المبيع ان يدفع له ما قبضه
فقال لم اقبض شيئا فاقام الموكل البينة على صحة دعواه فقال الوكيل تلف ما قبضته
او رددته الى من دفعه الي لم يلتفت الى قوله لان انكاره للقبض اولا مستلزم
لكذبه فيما ادعاه الان وكذلك ان احب الوكيل ان يقيم البينة على تلف ما ذكر
انه تلف او على انه رده علي لاجل عيب اطلع عليه فيما قبض لم يلتفت الى تلك
البينة لانه بانكاره الاول مكذب لهذه البينة وكانه قال اولا لم يتلف شيء ولم
ارد شيئا وقيل في هذا الاصل ان البينة مقبولة وسياتي الكلام على ذلك ان شاء
الله تعالى في كتاب الوديعة وقوله وكذلك من عليه دين مثاله ۞ يعني
ان من طلب بدين فانكره فاقام المدعي بينة على صحة دعواه فادعى المطلوب انه
دفع الدين الى ربه او احب ان يقيم بينة على صحة دفعه فهي ايضا مثلها
والحكم فيهما واحد وقوله وقيم اليتيم لا يصدق في الدفع ۞ يعني
ان الوصي على اليتيم او المقدم عليه من قبل القاضي لا يصدق في انه دفع لليتيم
ماله بعد رشده لان الله تعالى امر بالاشهاد على ذلك في قوله تعالى فان انستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ثم قال سبحانه بعد ذلك فاذا دفعتم
اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم فلو كان قول الوصي مقبولا في الدفع لما احتيج

الى اقامة

الى اقامة البينة وجعل اهل المذهب هذه الاية اصلا في كل من ادعى الدفع
الى غير اليد التي دفعت اليه وهذا القدر من الاستدلال كاف وان لم يكن في المسئلة
خلاف والا فلا يبعد تاويل الاية ولكن مجرد الخلاف لا يوجب ترك اعمال
ظاهر الدليل وانما يترك مقتضى الظاهر لمعارضة دليل راجح عليه قال
مالك في كتاب ابن المواز فان طال الزمان فيما بين رشدهم وقيامهم على الوصي
مثل الثمانين سنة وعشرين سنة يقيمون لا يطلبونه ولا يسالونه عن شيء
ثم يطلبونه الان فانما عليه اليمين لقد دفع اليهم اموالهم ونحو هذا
في العتبية وقال ابن زرب اذا اقاموا بعد العشر والثمان لم يكن لهم
قبله الا اليمين قال مالك في المدونة ولو قال انفقت عليهم وهم صغار
فان كانوا في حجره يليهم فالقول قوله ما لم يات بامر يستنكر او بسرف من النفقة
قال ابن المواز ان كانوا في عياله او عند غيره فكان يرى ينفق عليهم ويكسوهم
فانه ينظر فيما زعم انه انفق على تلك المدة فان كان سدادا او الزيادة
اليسيرة حلف وكان مصدقا وان جاء بسرف لم يحسب له من ذلك الا السداد
ولو كان على السرف بينة وحكاه عن مالك وابن القاسم وفي المدونة ايضا وفي
كتاب ابن المواز ان كان يليهم غيره مثل امهم او اختهم او غيرهن فقال انفقت
عليهم او دفعت النفقة الى من يليهم وانكروا لم يصدق الا ببينة والا
غرم وقوله والمصدق في الرد ليس له التاخير لعذر الاشهاد هذا
الفرع لا يليق ان يذكر في هذا الكتاب وانما موضعه كتاب الوديعة
وكان المؤلف لما راى ان المشهور قبول قول الوكيل في دفعه لموكله ما تولى
قبضه من غيره اشبه بذلك المودع في دعواه رد الوديعة الى ربها
اذا قبضها بغير بينة وهذا الذي قلناه في الوكيل هو ظاهر كتاب الوكالات
من المدونة وهو ايضا في العتبية والقول الثاني لمطرف ان كان بحضرة قبض
الوكيل المال وفوره او بالايام اليسيرة فليحلف الذي وكله ويغرم الوكيل

واما في مثل الشهر ونحوه فالوكيل مصدق مع يمينه وان طال ذلك جدا فلا
يمين على الوكيل والقول الثالث لابن الماجشون وابن عبد الحكم ان كان بحضرة ذلك
وقربه بالايام اليسيره صدق الوكيل مع يمينه وان طال الامر جدا صدق دون
يمين والقول الرابع لاصبغ فرق بين الوكيل على الشي بعينه فلا يصدق ويغرم
ولو طال الامر وبين الوكيل المفوض اليه فيحكم فيه بما قاله ابن الماجشون من
التفرقه قال ابن الماجشون ولو مات الزوج او الوكيل او وجه على قبض مال لها
او مات وكيل غير زوج لحدثان ما جرى على ايديهما فذلك في اموالهما اذا
انكرت الزوجه والامر وعلم القبض وجهل الدفع وان لم يكن لحدثان الامر
فلا شي في اموالهما وان لم يذكر الدفع قال ابن رشد ولا خلاف وعندي في
هذا وكان ينبغي ان يكون للوكيل والمودع مقال في التوقف عن الدفع للامر او لرب
الوديعه الا بالبينه وان كان القول قولهما في الدفع لانهما اذا اقاما البينه
على الدفع سقطت عنهما اليمين والا توجهت عليهما اليمين فلهما في تاخير
الدفع فايده سقوط اليمين والله سبحانه اعلم وقوله والوكيل بالتعيين
لا يوكل الا فيما لا يليق به او لا يستقل لكثرته ه يريد ان الوكيل المخصوص
على نوع ما لا يقتضي عقد الوكاله له ان يوكل غيره على ما وكل هو عليه او
على شي منه الا ان تدل قرينه على ذلك وهو الذي اراده المولف باستثنائه
كمن يوكل رجلا شريفا معروفا بالجلاله والفضل على بيع ثوب او دابه
والموكل عارف بحال الوكيل فلا شك ان مثل هذا الوكيل لا يتصرف لنفسه في
مثل هذا فكيف بالوكاله عن غيره وكذلك من القراين ما عطفه المولف على
المستثنى في قوله او لا يستقل لكثرته يعني ان يوكله على بيع سلع كثيره مثلا
او شرايها او النظر في اموال كثيره مما يعجز مثله عن النظر فيها ويعلم الموكل
بذلك كله فلا يشك في العاده ان هذا الوكيل يوكل غيره الا ان هذه القرينه
تسوغ للوكيل الاستعانه بوكيل تحته ولا تسوغ له ان يجعل وكيلا او وكلا

ينظرون

٨٠

81

كان هو

ينظرون في كل ما له ان ينظر فيه والقرينه الاولى تسوغ للوكيل ان يوكل
تحته من يباشر البيع والشرا وشبه ذلك في كل ما جعل له هو النظر فيه ويكون
للوكيل الاعلى النظر على من تحته ثم ان كانت حال الوكيل من الشرف والجلاله
عاده على ما وصفناه وعلم بذلك الموكل فلا شك عند الشيوخ في ان للوكيل
ان يوكل غيره وان لم يعلم بذلك الموكل فهل يصدق في عدم علمه او لا
يصدق قطع بعضهم بانه لا يلتفت الى قوله وتردد في ذلك الشيخ ابو
اسحاق التونسي واشار ايضا الى ان حال الوكيل لو اقتضت له ان يوكل غيره
لاجل ما هو عليه من الشرف الا انه لم يكن مشهورا بذلك فانه لا يكون له
ان يوكل غيره بل يكون رضاه بالوكاله دليلا على التزامه القيام بما
جعل له وان يلي ذلك بنفسه ثم ان وكل الوكيل غيره حيث لا يكون له ان
يوكل فالمعروف من المذهب انه متعد هكذا في المدونه وغيرها ووجه
ذلك ظاهر لان الوكيل الاعلى لم يكن له ان يوكل الاسفل لانه تصرف في
وكالته على خلاف ما اذن له وايضا فللموكل ان يقول للوكيل انما وكلتك
لاني اعرف امانتك وقوتك ورضيت بذلك ولا ارضى بامانة غيرك
وتعلق الاغراض باعيان الاشخاص في هذا مما يقطع به عاده وذكر ابن
حبيب عن اصبغ وعمن لقيه من اصحاب مالك ان الوكيل على السلم في الطعام
اذا وكل غيره فاسلم الوكيل الاسفل الى ثقه وتوثق وصنع ما ينبغي
لزم ذلك الامر ولا خيار له ولا يكون على الوكيل الاعلى غرم وذكر ايضا
من روايه ابن القاسم ان للامر ان يجيز ذلك وياخذ الطعام المسلم فيه
او ياخذ راس المال من الوكيل الاعلى وهذا الذي ذكره ابن القاسم خلاف
ظاهر المدونه وخلاف ما نص عليه سحنون من انه ليس للامر اذا قبض المسلم
اليه راس المال وفات عنده اجازة عقد الوكيل واتباع ذمة المسلم اليه
لما يدخله من فسخ الدين في الدين ومن بيع الطعام قبل قبضه خلافا لما وقع

يلي ذلك

الوكيل الطعام من المسلم اليه او عثر على ذلك في اول الامر قبل دفع الوكيل
راس المال الى المسلم اليه فانه تجوز للامر الرضا بما فعله الوكيل اذ لا يتقي في
ذلك شي من الموانع ومسله السلم هذه تكلم الشيوخ عليها باشبع من هذا ولم نسق
كلامهم واكتفينا منه بهذا القدر لانه كالاجنبي عن كلام المولف واعلم ان كلام المولف
يدل بحسب دلالة مفهوم الصفة على ان للوكيل المفوض اليه ان يوكل غيره وذلك
هو ظاهر المذهب وان كان قد وقع في كلام بعض الشيوخ في ذلك اشارة الى ان
المذهب مضطرب فيه حتى ينص له الموكل على توكيل غيره كالوكيل المخصوص وقوله
ولا يوكل الا امينا ه يعني وحيث يكون للوكيل التوكيل فلا يكون مخيرا فيمن يوكله
بل لا يوكل الا الامين عملا بمقتضى العادة لان العادة لم تدل الا على هذا القدر
وقوله ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الاول ه وهذا الفرع ايضا مثل الذي قبله
من حيث انه مبني على الوجه المستثنى الذي يكون للوكيل فيه توكيل غيره فاذا مات
الوكيل الاعلى لم يكن موته عزلا للوكيل الاسفل لانا لا نجيز توكيل الا باذن صريح
او بناء على ان العادة اقتضته حتى يصير كان الموكل اذن فيه وعلى هذا التقدير
فالوكيل الاسفل وكيل عن الامر الاعلى فلا ينعزل بموت الوكيل الاعلى كما لا ينعزل
بموت الاجنبي ولا يتخرج في هذا الفرع خلاف من وكيل القاضي على النظر لليتيم فان فيه
خلافا هل هو نايب عن القاضي او هو نايب عن والد اليتيم وتقديم القاضي له انما
هو جبران لما اغفله الميت لانه كان حقه ان يوصي بولده قبل ان يموت وايضا فان
القاضي الذي قدم ناظرا على اليتيم لو مات لم يكن موته عزلا لذلك الناظر والله سبحانه
اعلم وقوله وينعزل بموت الموكل وقيل لا ينعزل المفوض الا بعزل الورثة ه
يعني ان الموكل اذا مات انعزل بموته الوكيل الاعلى والاسفل معا وسوا كان
كل واحد منهما او واحد منهما مفوضا اليه او مخصوصا وقيل اما المفوض اليه
فلا ينعزل بموت الموكل والقول الاول هو المشهور في المذهب وحكى ابن المنذر انه
اجماع من اهل العلم والقول الثاني لمطرف وقيد لكونه مفوضا اليه ذكره بعضهم

واسقط غيره

واسقط غيره والصحيح والله سبحانه اعلم هو المشهور لان الوكيل نايب عن موكله
فاذا مات لم يبق من يمكن النيابة عنه ولا يعترض على هذا بان القاضي والامير
لا ينعزلان بموت الخليفة لان القاضي والامير لم يعينا في الحقيقة لتحصيل مصالح
الخليفة من حيث هو خليفة وانما قدما لتحصيل مصالح المسلمين ومن قدمهما
في مصلحة باق فوجب بقاوهما على الحال التي كانا عليها ما لم يعزلهما الخليفة
الوالي بعد الخليفة الميت وقوله وفي انعزاله قبل بلوغ الخبر اليه في الموت
وفي الغيبة قولان ه يعني انا اذا بنينا على المشهور في المسلة السابقة ان الوكيل
ينعزل بموت الموكل فهل يشترط في صحة تلك العزلة بلوغ الموت الى الوكيل في ذلك
قولان شرط ذلك في المدونة ولم يشترطه في غيرها فان قلت ما الذي اراده
المولف بقوله وفي الغيبة هل اراد به ان الموكل اذا مات فمحل الخلاف انما هو
اذا كان موضع موته غير موضع الوكيل ام ماذا اراد قلت انما اراد ان
الموكل اذا عزل الوكيل انعزل ولا يحتاج في هذا الى تنبيه ولكن هل من
شرط عزلته بلوغها الى الوكيل وعلمه بها ام لا يشترط ذلك فيه قولان
كما في الموت ولذلك اثبت واو العطف بين المجرورين ولو كان مراده الوجه
الذي سال عنه السايل لم يثبت واو العطف بين المجرورين وايضا لو كان مراده
ان الغيبة تقييد في مسالة الموت لكان اغفالا لمسالة العزلة مع شهرتها الا
ان في كلامه على هذا التقدير اشكالا من جهة انه يوهم ان من شرط في
عزلة الوكيل علمه بموت الموكل هو الذي شرط بلوغ العزلة اليه اذا كانت
على بعد عن الموكل وليس كذلك فان ابن القاسم شرط في عزلة الوكيل بموت الموكل
بلوغ العلم الى الوكيل بذلك ولم يشترطه في مسلة عزلة الموكل للوكيل
قال في المدونة ومن امر رجلا يشتري له سلعة ولم يدفع اليه ثمنا او
دفعه فاشتراها الوكيل بعد موت الامر ولم يعلم بموته او اشتراها ثم مات
الامر فلا يلزم الورثة ذلك وعليه غرم الثمن لان وكالته قد انفسخت وقال

ابن المواز عن ابن القاسم في الوكيل يبيع ثم ينفسخ الامر وكالته ويقبض الوكيل الثمن قبل
علمه وعلم المشتري انه لا يبرا المشتري قال وابى ذلك اصحاب ابن القاسم ولم
يرضوه وخالفه عبد الله ابن عبد الحكم وهي اول اخوات الشوكة من المدونه واما
من كان له وكيل قد فوض اليه في البيع والشرا واقتضا الديون واشهد له بذلك
ثم خلعه واشهد على خلعه ولم يعلم غرماوه بذلك فلا يبرا غريم دفع اليه
بعد خلعه كان ذلك من ثمن شي باعه الوكيل اولا وقال غيره ان لم يعلم الوكيل
والغريم بالحجر فالغريم بري وان علم بذلك احدهما والاخر عالم بالامر لم يبرا
الغريم وظاهر كلام ابن القاسم في المدونه وهو صريح قوله في كتاب ابن المواز انه لم
يشترط في عزل الموكل للوكيل بلوغ العلم بالعزله وشرط ذلك في مسله الموت
غير ان الفرق بينهما عسر وصحح غير واحد القول باشتراط بلوغ العلم في
المسلتين معا وراوا انه اقرب الى قضيه اهل قبا في حديث نسخ القبله وفرق بعضهم
بان الصلاه مامور بها واجبه فلا يمكن من امر بالصلاه الى بيت المقدس ترك
الصلاه اليها حتى يبلغه النسخ فيناسب ذلك عذره ان تبين ان صلاته وقعت
بعد النسخ والوكيل وشبهه لا يتحتم عليه الفعل وهو قادر على تركه فاذا فعله
وتبين ان ذلك الفعل وقع بعد العزله او موت الموكل فقد وقع من اجنبي حقيقه
لم تدعه ضروره الى ما فعله قال ابن القاسم في العتبيه في الرجل له
وكيل يبيع له متاعه الامر قبل قبض الوكيل الثمن فانه لا يقبضه الا بتوكيل الورثه
وان كان قد ولي البيع واستدل على ذلك بقول مالك في الوكيل على اقتضا دين
فيموت الامر قبل قبض الوكيل ان الوكاله تنفسخ ولا قبض له قال اصبغ هذه
صوابه والاولى خطا منها لان الاولى هو المعامل ولا يبرا المبتاع بدفعه الى غيره
فعليه ان يدفع اليه ما لم يوكل الوارث غيره بالقبض وصوب بعضهم قياس
ابن القاسم وراى انه لا فرق بين المسلتين هذا بعض ما يتعلق بمسله المولف
وقد بقي من هذا المعني مسايل وقال ابو حنيفه لا يصح عزل الوكيل الا بحضر

الموكل

الموكل ولو كان المانع غير الموت والعزله كجنون الامر او المامور فقال بعض الشافعيه
ان الوكاله تنفسخ بطرو الجنون على الامر او المامور وقال المازري يتفصل فيه
القول عندي فان كان الجنون طرا على الوكيل ثم عاد اليه عقله فاراد ان يبقى على
التصرف الذي كان له قبل الجنون فانه يمكن من ذلك اذا كان الموكل حاضرا ولم
يعزله وان كان غايبا ولم يعلم بجنونه فان ذلك لا يمنعه من التصرف لان الموكل
اذن له في التصرف مع جواز القواطع وان كان طرو الجنون على الموكل قال
فالاظهر انه يمكن من التصرف كوديعه اودعها لكن لو طال زمان الجنون
طولا يفتقر معه الى نظر السلطان في ماله فانه مما ينظر فيه وذكر خلافا
عن اصحاب ابي حنيفه في ردة الوكيل هل توجب عزله قال والاظهر عندي انه
لا ينعزل بذلك اذ الحجر عليه في ماله انما كان لاجل حق المسلمين فيه الا ان
يعلم من مقتضى العاده ان الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله وقد ارتد فيكون ذلك
مما يوجب منعه من التصرف قال وكذلك لو وكل زوجته ثم طلقها فان الطلاق
لا يوجب عزلتها الا ان يعلم ان الموكل لا يرضى بتصرفها بعد انقطاع ما بينهما
من الموده والعصمه وقوله ومهما شرع في الخصومه فلا ينعزل ولو بحضورهما
يعني ان الوكاله عقد جايز من جانب الموكل فله ان يعزل وكيله في اي وقت شا
ما لم يتعلق بالوكاله حق للوكيل وغيره والوكيل على الخصام قد تعلق الحق
في وكالته لخصم موكله فلا ينعزل عن الوكيل بعزل الموكل اياه وسوا كان الموكل
والوكيل حاضرين او احدهما غايبا وعلى هذا نبه المولف بقوله ولو بحضورهما
لئلا يتوهم ان هذه المسله مثل التي قبلها في انه يجوز للموكل عزل وكيله ويصح
ذلك مع حضورهما وظاهر كلام المولف انه بالشروع في الخصام لا ينعزل
الوكيل بعزل الموكل اياه وهكذا قال غيره وظاهر كلام اصبغ انه لا بد ان يشرف
على الحق وحينيذ لا يكون للموكل عزله وقد قال غير واحد من الاندلسيين اذا قاعده
عند القاضي في الخصام ثلاثه مجالس لم يكن له بعد ذلك عزله ان يوكل من خاصم

عنه ان كان خاصم بنفسه ولا ان يعزل الوكيل ان كان المخاصم وكيلا وقوله
ولا يعزل نفسه على الاصح ٥ يعني ان ما قدمه انما هو في عزل الموكل لوكيل الخصام
واما عزل الوكيل نفسه ففيه قولان وانما هذان القولان بعد تسليم القول بان الوكاله
جايزه من جانب الوكيل على ما سياتي وقوله ولاحد الوكيلين الاستبداد ما لم
يشترط خلافه ٥ يعني ان من امر الوكيلين بخلاف الوصيين فانه محمول على
التعاون فلا يكون لاحدهما الاستبداد على ما سياتي ان شا الله تعالى وقوله
والوكيل امين بجعل وغيره ظاهر لان الاجاره لا توجب الضمان وقوله
والوكاله باجره لازمه كالاجاره وتجب العلم بالعمل وبجعل ثالثها تلزم بالعمل
ظاهر التصور وقوله وبغيرهما جايزه ٥ يعني ان الوكاله من جانب
الوكيل يختلف فيها على قولين احدهما وهو الاصح انها منعقده كالهبه من
جانب الواهب لان الوكيل واهب منفعه للموكل والقول الثاني وهو قول ابن القصار
انها ليست بمنعقده ٥ القول الشاذ ايضا في الهبه ان للواهب ان يرجع عنها ما
لم تحز عنه هذا طريق غير واحد من الشيوخ في نقل المذهب في هذه المسالة ولابن
رشد انه لا خلاف ان للوكيل ان يتخلى عن الوكاله متى شا الا في وكالة الخصام
وقال بعض الشيوخ ان في المذهب في ذلك خلافا وانه ماخوذ من روايه ابن
نافع عن مالك في المبسوط فيمن ابضع مع رجل بضاعه ليشتري له بها سلعه
بعينها فذهب الوكيل فاشتراها ثم قال بعد شرايه اياها لنفسي اشتريتها فانه
يقبل قوله ويحلف ان اتهم ومن قول ابن الماجشون في ثمانية ابي زيد ان السلعه
تكون للامر الا ان يكون اشهد الوكيل حين الشرا انه انما يشتريها لنفسه
وقال اصبغ هي للموكل وان اشهد الوكيل حين الشرا انه انما يشتريها لنفسه
فراى هذا الشيخ ان روايه ابن نافع موافقه لقول ابن القصار وانه اذا كان
للوكيل الانعزال عن الوكاله في هذه المسله وقد ادخل الموكل في ضرر وهو نقل
المال من بلد الى بلد فاحرى ان يكون له ذلك اذا لم يدخله في شي من العهده

اولى

اولى وقدح في ذلك المازري بان السلعه انما كانت للوكيل هنا لاجل انه قد باع
البايع منه على ان يملكها للوكيل وامضى للوكيل ذلك لاجل ما شرطه البايع
وكذلك قدح فيما اخذه الشيخ من ظاهر قول اصبغ ان الوكاله لازمه للوكيل
من اجل انه جعل السلعه للموكل بان السلعه انما كانت للامر لانه قد لحقه ضرر
بتصرف الوكيل في ماله وقوله واذا تنازعا في الاذن او صفه من صفاته فالقول
قول الموكل الا اذا فات المبيع المختلف في ثمنه فالقول قول الوكيل ما لم يبع بما
يستنكر ٥ يعني اذا تنازع الموكل والوكيل في وجود الاذن بان يقول الوكيل
امرتني بالبيع او الشرا ففعلت ويقول الموكل لم امرك بذلك فهذا اختلافهما
في الاذن واما اختلافهما في صفه من صفاته فاعلم ان الضمير من قوله صفاته
لا شك انه عايد على الاذن وصفات الاذن اعم من صفات المبيع ومن صفات
الثمن ولذلك يدخل في كلام المولف اختلاف الموكل ووكيله في الجنس وفي القدر
وفي صفه الثمن وفي كونه حالا او موجلا الى غير ذلك من المسايل المذكوره
في هذا الباب ثم ان المولف حكم على جميع ما تناوله كلامه هنا بان القول قول
الموكل واستثنى من ذلك ما اذا فات المبيع المختلف في ثمنه وظاهره انه لا
يدخل في هذا المستثنى الا ما وكل على بيعه لا ما وكل على شرايه وحكم عليه
بان القول قول الوكيل بشرط ان لا ياتي بما لا يكذبه فيه العاده وهو مراده
بقوله ما لم يبع بما يستنكر ويدخل في كلامه المختلف في ثمنه الاختلاف في
قدر الثمن وفي صفته وغير ذلك كالاجل والحلول ولم يذكر خلافا في شي من هذه
الوجوه بل اطلق كلامه حتى كانه متفق عليه ولا شك ان من وجوهه ما
هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه على ما سيظهر لك فان قلت فاعل
تنازعا من كلامه راجع الى الموكل والوكيل بلا شك ثم نوع اختلافهما الى
الاختلاف في اصل الاذن وذلك اختلاف في وجود الوكاله واطلق لفظ
الموكل والوكيل في هذا الموضع مجاز لانه راجع الى اطلاق اللفظ بحسب

الحصول لان احدهما موكل حقيقه والاخر وكيل حقيقه فيكون المولف استعمل
على هذا التقدير اللفظه الواحده في حقيقتها ومجازها دون ذلك ما قد
علمته فان لا شك ان من ادعي على رجل انه امره ببيع سلعه او شرايها
وانما يدعي عليه ان الامر موكل وان المامور وكيل حقيقه لا مجازا فقد صدقت
اللفظه على هذا التقدير حقيقه ولا شك في صدقها حقيقه اذا اختلفا في صفه
الاذن فاستعمال لفظتي الموكل والوكيل حينيد في جميع هذه المحال حقيقه فلا
يلزم عليها المحظور المشار اليه والله سبحانه اعلم ولنرجع الى بيان المسايل
التي تدخل تحت كلام المولف فنقول من باع سلعه لينساله فانكر عليه ذلك
مالكها وادعى انه امره ببيعها وكذبه مالكها فلا شك ان القول قول مالكها
فان اجاز بيعه مضى ذلك على ما هو المذهب وان اراد نقض البيع فله ذلك
بعد ان يحلف انه ما امره ببيعها للحق الذي تعلق للمشتري فيها وان نكل حلف
الوكيل ان لم يقر المشتري انه وكيل وان سلم انه وكيل فيحلف المشتري وان
فاتت السلعه حلف مالكها انه ما امر الوكيل ببيعها ويغرمه الا لترم الثمن
او القيمه وان نكل حلف الوكيل ان كان الثمن اقل من القيمه وان كان مساويا لها
او اكثر فلا يمين عليه لتعذر رد السلعه وقد حصل لمالكها مثل قيمتها
فاكثر وينبغي ان يكون الفوات في هذه المساله دهاب العين لا تغيرها
كالاستحقاق وان اختلفا في مقدار ثمن المبيع فقال في المدونه عن مالك اذا
باع الوكيل السلعه بعشره وقال بذلك امرني ربها وقال ربها ما امرتك
الا باثني عشر فان لم تفت حلف الامر واخذها يعني لان الاصل بقاء ملك
الامر على سلعته فمن احب اخراجها عن ملكه فهو مدع ورب السلعه مدعى
عليه قال ابن المواز فان نكل فله عشره بغير يمين قال ابن ميسر اذا
نكل حلف المامور ومضى البيع بعشره قال الشيخ ابو محمد يريد فان نكل
غرم دينارين تمام الاثني عشر التي قال الامر قال ولو لم اغرمه اذا نكل

لم احلفه

لم احلفه وقال ابن ميسر لا غرم عليه قال في المدونه وان فاتت حلف المامور
وبرى لانه مدعى عليه الضمان يريد فان نكل حلف الامر وغرم له المامور
دينارين فان نكل فلا شي عليه واختلف بماذا تفوت هنا فقيل انها
تفوت بما تفوت به السلعه في اختلاف المتبايعين لان الاختلاف هنا انما
وقع في مقدار الثمن وقيل لا يفيتها الا دهاب العين كالاستحقاق فلا تفوت
على هذا التقدير بعتق ولا هبه ولا غير ذلك مما في معناهما نقلت القول
الاول من حفظي وكذلك اختلافهما في جنس ثمن ما يبيع به او صفته او
الحلول او الاجل الخلاف في ذلك كله متقارب وان كان يختلف طرق
الشيوخ في نقل الخلاف في ذلك في بعض هذه المسايل وتركنا جلب ذلك
على ما هو عليه في الروايات واكتفينا بمساله المدونه التي ذكرناها لان
المولف اختصر هذا الفصل   وقوله

الاقرار مصدر اقر بالحق اي اعترف به ويقال قرر غيره بالحق حتى
اقر ومصدر قرر التقرير اي حمله على الاقرار به وقوله والصبي
والمجنون والمبدر والمفلس والعبد قد تقدم يعني ان هولا الخمسه
لا يقبل اقرارهم على الجمله والاوصاف التي قامت بهم موانع من لزوم اقرارهم
على ما تقدم في محله ولا شك في ان الصبا مانع واشار بعض الشيوخ الى
وجود الخلاف في المراهق اوتخريجه على الخلاف في وجوب الحد عليه
اذا اتى حينيد ما يوجبه على البالغ وخرج خلافا في قبول اقرار السكران
على الخلاف في لزوم بيعه واما الحر الرشيد فاقراره لازم بالكتاب والسنه
والاجماع فاما الكتاب فغير ما ايه وقد قال تعالى واذ اخذ الله ميثاق النبيين
لما اتيتكم من كتاب وحكمه ثم جاكم رسول مصدق لما معكم لتومنن به
ولتنصرنه الايه وكذلك قوله سبحانه وتعالى يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين
لله شهدا بالقسط ولو على انفسكم والشاهد على نفسه معترف بما شهد

بيع

عليها وذلك قوله تعالى في السفيه ومن ذكر معه فليملل وليه بالعدل
فاذا صح اقراره على غيره فاحرى ان يصح على نفسه وذلك قوله تعالى وليملل
وليه بالعدل الذي عليه الحق الى غير ذلك من الاي واما السنه فقوله صلى
الله عليه وسلم واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها امره بالقتل
عند اعترافها بالزنا وذلك صريح في لزوم الاقرار واما الاجماع فلا خلاف بين
العلما في لزوم المقر ما اقر به ما لم يمنع من ذلك مانع قوله والمريض
لا يقبل اقراره لمن يتهم عليه من وارث او اجنبي مخصوص ه يعني ان
المرض مانع من صحة الاقرار في حق المريض اذا اقر لوارث يتهم عليه
او الاجنبي يتهم عليه ايضا وهذا هو مراده بقوله مخصوص كما يبينه
الان وقال الشافعي يصح اقرار المريض مطلقا وقال ابو حنيفة يبطل اقراره
مطلقا والاصل ما قاله الشافعي ولا يصح قياس الاقرار على المنع من الهبة
والصدقة حينيذ فان العطية انشا من غير عوض بعد جريان سبب
حق الوارث وهو المرض المخوف بخلاف الاقرار فانه اخبار بما حصل في الذمه
والبواوقات استدرك له والخلوص منه الزمان الذي يسلم فيه الكافر ويتوب
فيه الفاجر غير ان اهل المذهب بنوا المنع من الاقرار حينيذ على اصل اخر
وهو سد الذرايع وقد اشتهر عنهم اعتباره وهو صحيح من حيث الجملة غير ان
في اعتباره في هذا الموضع نظرا من وجهين احدهما ان الاصل اعمال اقرار
الرشيد فلا ينتقل عن ذلك الاصل الذي تعلق به حق ادمي وقام به شارع
معتبر لاجل امر مشكوك فيه ولا يعترض هذا ببياعات الاجال وشبهها
حيث اعتبرنا سد الذرايع لان المنازع هنالك لم يبرا ذمته معنا الوجه
الثاني ان اهل المذهب اطرحوا التهمه وسد الذريعه في هذا الموضع حيث
جعلوا قول الميت دمي عند فلان لوثا يوجب لورثته حقا ما واحتجوا
على ذلك بانا قلنا انه زمن يسلم فيه الكافر فاذا قبلوا قول الميت حينيذ في

اثبات حق على غيره وهو على خلاف الاصل فلان يقبلوا قوله في اثبات حق
على نفسه وهو على وفق الاصل اولى قوله والوارث كالبنت مع ابن
العم وشبهه وبالعكس يقبل ه لما بين ان للتهمة اثرا في المنع من اقرار
المريض وذلك في نوعين احدهما في حق الوارث والثاني في حق الاجنبي
اخذ يفسر ذينك النوعين فذكر في تفسير الاول منهما مثالا وهو
ان يكون للمريض وارثان احدهما بنت والاخر ابن عم وما يشبهه من
بعيد العصبه فاقر للبنت بدين فلا يقبل اقراره لها لما يظهر من تهمته
وهو ان النفوس مجبوله على رجحان محبة البنت على مثل هذا العاصب
بخلاف العكس وهو ان يقر بدين لابن عمه في هذه الصورة فانه لا اشكال
في صحة هذا الاقرار لتخلف ذلك المانع وظهور صدق المقر فيه
وانه لا يرجح ابن عمه على ابنته قوله والاجنبي صديق ملاطف
والمريض يورث كلالة وقيل يقبل في الثلث ه الواو من قوله والمريض
واو الحال بمعنى المسالة وهي النوع الثاني من النوعين اللذين ذكرهما المولف
مثالا ان يقر المريض في حال مرضه وحال ان ورثته كلالة فيقر لصديقه
الملاطف ففي المذهب قولان احدهما بطلان الاقرار مطلقا والثاني انه
يبطل منه ما زاد على ثلثه والاول هو المشهور لظهور التهمه والثاني
نظرا الى ان المقر له ممن تجوز له الوصية فكان المريض قصد تنفيذ ما اقر
له به ان صح له من راس المال اخذه والا فهو من الثلث والمعول عليه في هذا
كله انما هو ظهور التهمه وعدم ظهورها وما يوجد من الخلاف في بعض
المسايل فهو خلاف في حال لتحقق المفتي والقاضي ان يلتفت الى ذلك قال
في المدونه بعد ان ذكر كثيرا من مسايل هذا الباب واصل هذا قيام التهمه
فاذا لم يتهم دون من يرث معه جاز اقراره فهذا اصل ذلك قوله فان قلت
ما مراد المولف بالكلالة هنا هل هي ما يقال في الفرايض انها الفريضة التي لا

من يقرله

ولد فيها ولا والد قلت لا شك ان الكلاله عند اهل المذهب هو هذا الذي ذكره
السايل وشبه ذلك من قال هي الوراثه ولكن لعل مراد المولف منها هنا غير
ذلك فقد قال في كتاب الوصايا الاول من المدونه وان اقر المريض لصديق
الملاطف جاز ان ورثه ولد او ولد ولد واما ان كان ورثته ابويه
او زوجه او عصبه ونحوه لم تجز فقد ابطل اقراره للصديق الملاطف
مع ان في الورثه ابوين وليست كلاله ولما كان شي من كلام الشيخ ابي الوليد
ابن رشد تنبيها على ما في هذا الفصل من الخلاف وتكميلا للفايده وان كان
المعول على ما قدمناه من المدونه قال واما معنى المريض في اقرار
الرجل لامراته لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان يعلم منه ميل اليها
فلا يجوز اقراره واما ان يعلم منه البغض لها فيجوز واما ان يجهل ذلك
فلا يخلو اما ان يورث كلاله فلا يجوز واما ان يورث بولد فاما ان الولد
اما ان يكونوا اناثا او ذكورا صغارا او كبارا واحدا او عددا منها
او من غيرها فان كان الولد اناثا كيف ما كانوا فيتخرج عندي على قولين من
الخلاف في اقرار المريض لبعض العصبه اذا ترك ابنه وعصبه
هذا في الكبار فان كن صغارا لم تجز قولا واحدا وان كان الولد ذكرا جاز
اقراره مطلقا وان كان واحدا وان كان الذكور عددا فاقراره جايز
الا ان يكون بعضهم صغيرا منها وبعضهم كبيرا منها او من غيرها فلا
يجوز قال واما اقرار من سوى الزوجين بدين في المرض فلا يخلو من اربعة
اوجه احدها ان يقر لوارث والثاني ان يقر لقريب غير وارث او صديق
ملاطف والثالث ان يقر لاجنبي والرابع ان يقر لمن لا يعرف فالاول اذا كان
المقر له في القرب بمنزله من لم يقر له او اقرب منه فان هذا لا خلاف انه لا يجوز
ابن المواز انه اذا لم يكن لذلك سبب او وجه يدل على صدقه وان لم يكن
قاطعا الا ان يكون المقر له قاطعا والذي كان به ففي جوازه قولان وان كان

المقر له ابعد ممن لم يقر له فان هذا لا خلاف ان اقراره جايز وان كان
بعض من لم يقر له اقرب من المقر له وبعضهم بمنزلته او كان بعضهم
اقرب اليه وبعضهم ابعد منه على قولين فقيل انه جايز وقيل لا يجوز
واما ان اقر لقريب غير وارث او لصديق ملاطف فالمشهور ان اقراره يجوز
ان كان يورث بولد دون الكلاله وقيل بجوازه مطلقا وهما قايمان من
المدونه وقيل ان ورث بولد جاز الاقرار من راس المال وان كان بكلاله جاز
من الثلث واما الاجنبي فلا خلاف ان اقراره له جايز فان طلب لم يوجد
تصدق به على الفقرا واما ان اقر لمن لا يعرف فان كان يورث بولد جاز من
راس المال او وصى ان يتصدق به عنهم او يوقف لهم واختلف ان كان بكلاله
فقيل ان اوصى ان يوقف حتى ياتي طالبه جاز من راس المال وان اوصى ان
يتصدق به عنهم لم يجز لا من الثلث ولا من راس المال وقيل انه من الثلث
وهو قايم من كتاب المدونه وقيل ان كان يسيرا فمن راس المال وان كان كثيرا
لم يجز مطلقا وقوله المقر له يصح ان يكون عبدا او حملا ● معنى هذا
الكلام ان المقر له لا يشترط فيه ما يشترط في المقر من عدم الحجر وانما
يشترط فيه اهليه الملك والكسب فلذلك يصح الاقرار للعبد والحمل
على ما نقوله الان ولا يصح الاقرار للجماد ولا لغير الادمي من الحيوان فلو قال
على لهذا الحجر مايه او لهذا الفرس دينار لم يصح لفقدان الشرط الذي ذكرناه
وهو صحه الملك واما الاقرار للعبد فصحيح لان فيه الاهليه واما الاقرار
للحمل فالمنقول عن الحنفيه المنع منه من غير تفصيل لكنهم قالوا يلزمه
الاقرار اذا ولد وقال اهل المذهب ان قيد الاقرار بصفه يصح الملك فيها
صح الاقرار كقوله لهذا الحمل عندي مايه دينار من وصيه او اوصى له بها
وشبه ذلك فان الحمل يصح ان يملك بالوصيه وان اطلق المقر اقراره ولم
يقيد ذلك بصفه فذكر ابن سحنون ان هذا الاقرار صحيح ويلزمه قال ابن

سحنون ولو قيل له مماذا فقال اقرضتنيها فهذا لا يمكن ويعد ذلك منه
ندما ويلزمه الاقرار ومثله قال ابن عبد الحكم قال و كذلك اذا اقر للحمل
بكذا و كذا من كرا هذه الدار ومن غلة هذا الحانوت كان له ذلك اذا ولدته
حيا ويدفع الى ابيه او وصيه وخرج بعض الشيوخ خلافا في ابطال
الاقرار للحمل اذا اطلقه ولم يقيده من قوله في المواريث في القايل لرجل
لك علي مائة دينار او علي فلان ان هذا الاقرار لا يلزمه لعدم تحققه عمارة
ذمته بشي لهذا المقر له قال ابن المواز الا ان يكون تشكك المقر بنفسه
وبين صبي ابن شهر فان المائة تلزمه لان ابن شهر ممن لا يصح ان يعامل ولا
يكتسب قال هذا الشيخ فاذا راى ابن المواز ان التردد بين الرجلين يبطل
الاقرار وان التردد بينه وبين صبي ابن شهر محال وذلك انه كالقايل لك
عندي مائة دينار او عند هذا الحجر دل ذلك ان ابن المواز حمل الاطلاق هذا
القول على نفي اللزوم واذا قاله في ابن شهر مع خروجه الى الوجود وتيقن
حياته فاحرى ان يقول ذلك فيمن كان حملا لا يدرى احي هو ام ميت واشار
هذا الشيخ ايضا الى تخريج خلاف في لزوم الاقرار في مسالة ابن سحنون
وابن عبد الحكم اذا قيد الاقرار للحمل بما لا يمكن وقوعه من الحمل وجعل حكمنا
بانه نادم مخرجه من موضعين احدهما انا اذا قلنا في الاقرار المطلق
لا يلزم بنا على ما خرجه من كلام ابن المواز فاحرى ان لا يلزم هذا
الاقرار المقيد بالصفة المستحيلة عادة والموضع الثاني من احد القولين
فيمن علق طلاق امراته على مشيئة الحجر وانه لا يلزمه ولا يعد نادما فكذلك
الاقرار وقول المولف اطلق او قيد ان وضعته لستة اشهر فاقل فكلامه فيه
اشكال وذلك انا اذا صححنا الاقرار للحمل على ما تقدم فلا بد ان ننظر الى ما
وضعته هل كان موجودا يوم الاقرار فيصح له الاقرار او لم يكن موجودا
فان وضعته لاقل من ستة اشهر من يوم الاقرار علم انه كان موجودا

وان وضعته

وان وضعته لاكثر من ستة اشهر فهو الذي يتكلم عليه المولف بانر
هذا وان وضعته لستة اشهر فجعله المولف حدا اذا وضعته لاقل من ذلك
وليس بصحيح وحكم ستة اشهر فيما يرجع الى لحوق الولد وشبه ذلك حكم
ما زاد عليها لا حكم ما دونها من غير خلاف اعلمه في المذهب وانما تبع
المولف فيه كلام ابن شاس من غير تامل وقوله وان وضعته لاكثر
وهي توطا لم يلزمه وان كانت غير موطوءة لزمه لاربع سنين يعني
فان وضعت الحمل الذي اقر له الزوج لاكثر من ستة اشهر من يوم الاقرار
وكان زوجها او سيدها يطاوها في هذه المدة لم يلزم المقر ما اقر
به لاحتمال ان لا يكون موجودا يوم الاقرار وانها انما حملت به بعد
الاقرار فلا يدفع له ما اقر به المقر مع الشك وان كان الزوج او السيد
معزولا عنها لزم الاقرار اذا ولدته في مدة يصح لحاقه بسيدها او زوجها
ما لم يتجاوز اكثر زمن الحمل لانا ان لم نصف ذلك الحمل الى السيد او الى الزوج
ونحكم له بانه كان موجودا يوم الاقرار لزم نسبتها الى الزنا وذلك
ممنوع شرعا وذكر المولف هنا ان اكثر امد الحمل اربع سنين وقد
تقدم ما في ذلك من الخلاف وان المشهور فيما حكاه هو وغيره خمس سنين
نعم المنصوص هنا هو ما ذكره المولف وقريب منه وذلك في كتاب ابن
سحنون ومن اقر ان عليه الف درهم لما في بطن فلانة فولدته علاما لاقل
من ستة اشهر من قوله لزمه ذلك له فان قال وهبته لك او تصدقت
به عليه او اوصى له به قبل منه واخذ منه ما قال وكذلك لو وضعت بنتا
فذلك لها وان وضعت لاكثر من ستة اشهر وزوجها مرسل عليها
لم يلزمه شي مما ذكر من هبة وصدقة ووصية وان كان الزوج معزولا
عنها فقد قيل يجوز له الاقرار اذا وضعته لما تلد له النسا وذلك اربع
سنين وقد دل كلام المولف بالالتزام على انها اذا ولدته لاكثر مما تلد له

لحون

له النسا لم يكن لذلك المولود شي وهذا لا شك ❊ وقوله ولو وضعت
توميين فلهما وللحي منهما ❊ يعني لو وضعت ولدين حيين ذكرين كانا
او انثيين او احدهما ذكر والاخر انثى كان ما اقر به لهما سوا فلو ولدت
احدهما حيا والاخر ميتا كان ذلك للحي وحده ولا شي فيه للميت كما لو
وضعت كلها في بطنها ميتا وهو الفرع الذي ذكره المولف باثر هذا قاله
ابن سحنون قال ولو ولدته حيا ثم مات كان لورثته قال وان اقر انى وصي
فلان وقد نزلت ما به درهم للحمل والذي في بطن هذه المراه وارثه
فالمايه دين عليه فان وضعت ذكرا او انثى فهما ولدا الميت كان ذلك
بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان كانت المراه زوجه فلها الثمن من
ذلك قال ابن عبد الحكم وان اقر للحمل بان هذه الدار ملك له عن اخ شقيق
او لاب فولدت توميين احدهما ذكر والاخر انثى فالدار لهما للذكر مثل
حظ الانثيين يعني اذا كانت امهما امه مملوكة لغير ابيهما قال وان قال
لاخيهما لامهما فالذكر والانثى فيه سوا فان قال عن اخيهما ولم يفسر
حتى مات فوضعت غلاما وجاريه فليصطلحا فيه فان لم يصطلحا
ففيها قولان احدهما انه يكون بينهما نصفين والقول الاخر انه ينقسم
ذلك على ثلاثه فياخذ الذكر جزا والانثى جزا والجز الثالث يدعيه
الذكر كله وتدعي الانثى نصفه فقد سلمت نصفه للذكر فيقسم بينهما
لتداعيهما فيه فيكون للذكر سبعه من اثنى عشر وللانثى خمسه قال وبالاول
اقول قال وان قال هو ميراث لهما من بعض قرابتهما كان بينهما نصفين
ان مات المقر وان ولدت ولدين احدهما ميت فجميع ذلك للحي ولا
تثبت للميت اقرار ولا ميراث فيما يجري وكما صح اهل المذهب الاقرار
للحمل صححوا الاقرار للصبي وهو اخري وقد تقدم ما خرجه بعض
الشيوخ في الصغير ابن شهر وصححوا ايضا للاقرار للمجنون ولو كان

مطبقا وفرعوا على هذا فروعا يضيق هذا الموضع بذكرها وقوله
ولو اكذب المقر له المقر بطل ولا رجوع له الا باقرار ثان ❊ يعني ان من شروط
اعمال الاقرار تصديق المقر له المقر لان ملك الانسان لا ينتقل عنه الى
غيره جبرا فيما عدا الميراث فاذا فات هذا الشرط بطل اعمال الاقرار
ولا خلاف في ذلك اعلمه فان قلت فلم قال المولف بطل وانما يذكر البطلان
ان لو تقدم مقتضى لصحه ذلك الاقرار قلت لا يشترط في بطلان الاقرار
وغيره تقدم صحته ولقد تقدمت صحته لما بطل وانما يشترط في ذكر
البطلان في هذا المحل وغيره ان يكون ما حكم عليه الان بالبطلان مضت
له كان فيها بعرضيه الصحه لان سببه قد توفر في مساله الاقرار هذه
لان سبب انتقال الملك قد حصل وهو اقرار المالك الذي يصح منه الاقرار
والشي اذا حصل سببه كان بعرضيه الحصول غير انه قد يبقى النظر في
حصول الشرط كما في هذا الموضع وفي رفع المانع ايضا كما تقدم لو قام
قايم يريد استحقاق ما وقع فيه الاقرار وقد يستعملون لفظ البطلان
فيما هو بعيد عن هذا كالصلاه وغيرها من العبادات اذا طرا المفسد
في اثنايها واما قول المولف ولا رجوع له الا باقرار ثان فالضمير المجرور
من قوله له راجع الى المقر له اي ولا رجوع للمقر له في تصديق المقر الا ان
يقول المقر مره اخرى بعد التصديق او يعقب هذا الاقرار الثاني تصديق
اخر لان الغرض بطلان ذلك الاقرار الاول وبالجمله لا بد ان يتفق المقر والمقر له
في تصديق كل واحد منهما صاحبه وحينيذ يحصل سبب انتقال الملك
وشرطه ويعمل الاقرار فان قلت سلمنا ان شرط اعمال الاقرار تصديق
المقر له للمقر وان هذا الشرط قد فات اولا فاذا حصل التصديق
بعد ذلك فقد وجد الشرط مع اقرار المقر اولا وذلك موجب لاعمال
الاقرار عملا بتوفر السبب والشرط وانتفا المانع قلت تكذيب المقر له اولا

للمقر دافع لاستصحاب ذلك الاقرار فقد فات سبب انتقال ذلك الملك اولا فلابد
من ظهور السبب بعد ذلك وهو الاقرار الثاني مع التصديق من المقر له فحصل
بمجموعهما موجب الاقرار والله سبحانه اعلم وقوله المقر به يصح بالمجهول
لا يعني به ان جود الاقرار بالمجهول كاف بل لا بد مع ذلك من تفسيره على
ما ياتي ولا هو ايضا كالهبة فان موانع اعمال الهبة من المرض والدين وشبه
ذلك لا تاثير لها في هذا المحل وسياتي بعد هذا ما يبين ما ذكرناه وقوله
ومن اقر او شهد بحرية عبد ثم اشتراه فالثها ان ردت شهادته بجرحه
لم يعتق يعني ان من اقر بعتق عبد لغيره او شهد على سيده انه
اعتقه فردت شهادته بوجه من الوجوه التي ترد بها الشهادة ثم اشتراه
بعد ذلك فاختلف المذهب هل يعتق على هذا المشتري اولا على ثلاثة
اقوال احدها انه يعتق عليه وهو قول مالك في المدونة وغيرها والقول
الثاني انه لا يعتق عليه يعني صاحب هذا القول وهو غير ابن القاسم في المدونة
وهو ايضا قول اشهب وعبد الملك اذا لم يتماد على قوله واما ان لم يزل على قوله
الاول فانه يعتق عليه والقول الثالث وهو قول المغيرة ان ردت شهادة هذا
الشاهد لجرحه لم يعتق عليه وان ردت لانه انفرد بما شهد به عتق عليه
يريد ايضا المغيرة ما لم يدم على قوله الاول بما شهد به فيعتق عليه ويريد
ايضا ان الجرحة هي ما ترد به شهادة الشاهد مما هو اعم من كبيرة او عداوة
وشبه ذلك لا لمخالفة المامور به او ارتكاب المنهي عنه خاصة نص المغيرة
على ما فسرنا به كلامه هنا وبما فسرنا به كلام غير ابن القاسم ومن وافقه
وهو ايضا المنقول فيكون في المسالة ثلاثة اقوال على نحو ما حكاها المولف
لا اربعة كما يشير اليه غير واحد فان تمسك ثبات المقر على قوله الذي اقر
به او شهد به اولا موجب الحكم عليه بالعتق عند الجميع وحيث قلنا انه يعتق.
على مشتريه فلا يريد به خصوصية المشتري بل لو ملكه بغير ذلك

من اسباب

من اسباب الملك من هبة او صدقة او غيرهما فانه يعتق عليه في القضا والفتوا
معا فان قلت عطف المولف الشهادة على الاقرار في هذه المسالة والاقرار فيها
متعذر التصور فان شرط الاقرار كون الشي المقر به تحت يد المقر والا كانت
شهادة لا اقرار قلنا الشرط المذكور انما هو في اعمال الاقرار لا في كونه اقرارا
وشرط الشهادة ان تكون عند الحاكم فلذلك عطف المولف الشهادة على
الاقرار فان قلت جعل المولف لهذه صورتين احداهما في الاقرار والاخرى
في الشهادة كما قلتم وذكر فيها ثلاثة اقوال وقول المغيرة لا يمكن حصوله
في صورة الاقرار قلت ذكر المولف للاقوال الثلاثة حيث يمكن تصورها والله
النظر ان تفهم محل تلك الاقوال وتنظر في كل واحدة من الصورتين وما
تقبله من تلك الاقوال وليس ذلك بعسر والاظهر قول ابن القاسم
عن مالك لان من بيده العبد مقر على نفسه بانه لا يملك الملك ووجب
ان يخرج عن يده الا ان لاشهب ومن وافقه ان يقول لا نسلم انه الان مقر
فان قلت انه كان قبل هذا مقرا قلت كان حقرا بما لا يلزمه فيه شي يجب
ان لا يلزمه وحيث لم يلزمه لم يغير قال ابن القاسم عن مالك في المدونة
وان شهد رجلان ان فلانا اعتق عبده فرد القاضي شهادتهما ثم اشتراه
احدهما بعد ذلك عتق عليه وقال في العتبية عن ابن القاسم فيمن اخبر
عن رجل انه اعتق عبده ثم اشتراه منه فان كان اخبر بمعنى انه علم ذلك
منه او سمعه اعتقه ليس لكن يخبر غيره رايت ان يعتق عليه قال ابن
رشد ان كلام ابن القاسم هذا تفسير للمدونة وحيث قلنا بالقول الثاني
فقال اشهب يحلف على ذلك فان نكل عتق عليه وكذا ان قال شهدت
بالحق ولكنها قد ردت ولا حجة له بذلك وحيث حكمنا بعتقه فولاوه
عند ابن القاسم للذي اخبر عنه انه اعتقه وقال اشهب والمغيرة ولاوه
للذي اعتق عليه هذا ما يحتمله كلام المولف هنا من الزيادة وبقيت فروع

تتعلق بالولا تزدها اذا لا تتعلق لها بكلام المولف وفي كتاب ابن يونس منها
ما فيه كنايه لمن ارادها و قولــه الصيغه لك علي وعندي او احدث
منك ● يعني الالفاظ التي تستعمل غالبا في الاقرار وتجري مجرى الصريح
في ذلك واللفظ الاول من هذه الثلاثه قوي جدا ولا يقبل ان يفسر بالوديعه
ولا بالرهن وشبه ذلك بخلاف اللفظين الاخرين على ان دعوى الوديعه
وشبهها سياتي في محله و قوله ومثله وهبته مني او بعته مني ● يعني انه
مثله في اثبات الملك خاصه وتختص اللفظ الاخر من هذين اللفظين بتعلق
اليمين على المقر له انه لم يبع منه ما اقر له به بلا خلاف واللفظ الذي قبله
دعواهبه و في توجيهها وتعلق اليمين بسببها قولان و قولــه ولو قال لي
عليك الف فقال ساهلني فيها وشبهه فاقرار وحتى ياتي وكيلي وشبهه قولان
● اما اذا جاوب بقوله ساهلني فيها فهذا صريح في تصديق المدعي قال
معنى هذا الكلام ابن عبد الحكم و كذلك عنده اذا قال اتزنها مني قال ابن
سحنون ولو قال والله لا اقضيكها اليوم او قال لا اعطيكها او لا ازنها
لك ولا تاخذها اليوم مني فهو اقرار ولو قال والله لا اعطيكها قال ابدا
او لم يقل فليس باقرار والقايل باللزوم في قوله حتى ياتي وكيلي هو ابن سحنون
والقايل بعدم اللزوم هو ابن عبد الحكم قال ابن سحنون ولو قال حتى يدخل
علي من فايده او ربح او حتى يقدم مالي او غلامي او حتى ياتي وكيلي او
يقضيني غريمي فهو اقرار ولو قال والله لا اعطيكها قال ابدا او لم يقل
فليس باقرار والقايل باللزوم في قوله وقال محمد بن عبد الحكم ولو قال له
اتزن او قال اجلس فانتقد او زن لنفسك او حتى ياتي وكيلي بزنك فهذا
كله ليس باقرار ان حلف قال وان قال حتى ياتي وكيلي او غلامي الذي فكهما
منك فهو اقرار منه ان الوكيل او الغلام قبضها وليس باقرار منه بها
عليه وقد يقول حتى ياتي وكيلي او غلامي فاسله عن ذلك والاظهر من جهه

اللغه

والا اللغه قول ابن عبد الحكم ومن جهه العرف قول ابن سحنون و قولــه
ولو قال من اي ضرب تاخذها ما ابعدك منها وشبهه لم يلزمه ● هذا ظاهر
اذا اجاب بمجموع هذا الكلام فيكون قوله من اي ضرب تاخذها انكارا وكذلك
اذا اجاب بقوله ما ابعدك منها وحده واما ان اجاب بقوله من اي ضرب تاخذها
فالاقرب انه ليس باقرار الا ان يحلف انه لم يرد الا الانكار والتهكم
وشبه ذلك و قولــه ولو قال اليس لي عليك الف فقال بلى او نعم لزمه
اما الجواب ببلى في هذا الموضع فيتفق فيه العرف واللغه واما الجواب
بنعم فهو مساو في هذا الموضع عرفا للجواب ببلى ولو روعي مقتضى لسان العرب
عند الاكثرين لما لزمه في هذه المسله شي اذا اجاب بنعم ومن النحويين
من ساوى بينهما في هذا الموضع وليس هذا موضع بيان الصحيح من ذلك
قال في كتاب ابن سحنون ومن قال لرجل اليس قد اقرضتني امس الف درهم
فقال الطالب بلى او نعم فجحد المقر فالمال يلزمه ولو قال اما اقرضتني او
قال الم تقرضني فهو سوا يلزمه ان ادعى الطالب المال وهذا قريب مما قاله
المولف او هو بعينه لكن قال محمد ابن عبد الحكم يحلف المقر ولا يلزمه شي وانما
ساله بالاستفهام ما عنده من العلم وليس قوله اليس باقرار وكذلك قوله
الم تقرضني لذا او هذا ليس موافقا لما قلناه عن اكثر النحويين فان ابن
عبد الحكم ساوى بين الجواب ببلى ونعم في هذا الموضع وحمل الكلام على
الاستفهام ودل ذلك على انه انما ينظر في جواب المقر له هل وافق على
ذلك الاقرام ام لا قال ابن عبد الحكم وابن المواز واما ان قال الم او قال العشره
الدراهم التي لك علي فقال لا فهو اقرار قال ابن المواز ويعزم العشره بلا يمين
فلا وانما استفهم في القضا و قولــه المجمله له علي شي يقبل تفسيره وان
قل ويسجن للتفسير وان طال وقيل في مايه وشي لا يلزمه الا المايه ● لما
تقدم الكلام على جواب المدعي بالصريح والظاهر اخذ يتكلم على المجمله

بحمد الله

صوابه اولم

ولا شك ان لفظه شي من المجملات بل هي كما قال الحطاب انكر النكرات ولذلك يقبل
تفسير المقر بما فسر به لكن بشرط ان لا يكذبه العرف فان اجاب بما يشهد
العرف وبما لا يكذبه فيه العرف قبل منه فان خالفه المقر له حلف على رد دعواه
كما يحلف لو لم يتقدم منه اقرار فان ابى من التفسير او فسر كلامه بما يكذبه
فيه العرف ولج في ذلك فانه يسجن قال المولف وغيره وان طال قال بعضهم وانما
يحكم بذلك اذا لم يدع المقر له علم ذلك وزعم انه لا يعرفه ولو ادعى معرفة
ذلك كان المقر بتابيه من التفسير كالناكل فيحلف المقر له على ما يدعي
وياخذه ولهذا المعنى تعلق بباب الدعوى والكلام عليه هناك واما قول
المولف وقيل في غايبه وشي لا يلزمه الاجابة فاشاره الى تخريج الخلاف في كل
واحدة من المسلتين في الاخرى ولكنه لم يجزم بذلك لان الناس كثيرا ما
يستعملون مثل هذا الكلام في العدد الذي يقرون به فيقول القايل لك
عندي او لك علي عشرة وشي ومراده عشرة كاملة او وافية ونحو
ذلك والحاصل ان الحقيقة العرفية في هذه الصورة مخالفة للحقيقة
اللغوية وقوله وله في هذه الدار او الارض او الحايط حق وفسر بجذع
او باب مركب فثالثها الفرق بين من وفي ش معنى القول الثالث وهو قول ابن
عبد الحكم انه ان قال له من هذه الدار حق او من هذه الارض او من هذا الحايط
لم يقبل منه تفسيره بالجذع والباب وشبههما وجعل من للتبعيض وراى
كونها لابتدا الغاية او غير ذلك من معانيها بعيدا هاهنا ونقل عنه
هذا التفسير اذا قال له في هذه الدار او الحايط او الارض حق والقول
الاول لسحنون كان يقول ولا يقبل ذلك منه ويصدق ثم رجع الى انه
لا يقبل وقوله الاول هو قول اهل العراق وهو الاقرب في عرف الاستعمال
والقول الثالث ظاهر بالنسبة الى اللغة والله سبحانه اعلم هذا كله اذا
قيد المقر لفظ الحق بالنسبة الى دار او ارض وشبههما فلو اطلقه كقوله

لك علي حق

لك علي حق لكان مثل قوله لك علي شي فلو فسره بان قال اردت حق الاسلام
ففي كتاب ابن سحنون انه لا يصدق ولابد ان يقر له بشي ويحلف على دعوى
الطالب ان ادعى اكثر منه قال ولو ان سحنون يقول ينظر فيه على نحو ما ينزل
بها بين المتخاصمين فيه فان كانا تنازعا في ذكر المال احدثاه بذلك وان تنازعا فيما
يوجب بعضهما لبعض من حق وحرمة لم يوخذ في هذا بالمال وقد يقول
ما اوجب حقي عليك اني اكبر سنا منك واني لقريبك فيقول الاخر لك علي
حقوق فيقول حق الاسلام والقرابة والجوار فيجري هذا على ما يستدل
عليه من كلامهما **وقوله** وله علي مال قيل نصاب وقيل ربع دينار
او ثلاثة دراهم وقيل تفسيره ش القول الاول هو الاشهر في المذهب
وهو منسوب لابن وهب من المتقدمين ومثله لابن المواز فيمن اوصى بان
لفلان عنده مالا والقول الثاني لابن القصار وذكر ان المسلة ليست منصوصة
لمالك وان هذا الذي يوجبه النظر عنده على مذهب مالك والقول الثالث
في كتاب ابن سحنون وهو اختيار الشيخ ابي بكر الابهري وهو مذهب الشافعي
وابي حنيفة ولولا ان عرف الاستعمال يدل على ان المال هو الذي له قدر
معتبر لكان هذا القول اظهر الاقاويل الثلاثة عندي لما في الصحيح من
قوله صلى الله عليه وسلم من اقتطع مال امرء مسلم بيمينه حرم
الله عليه الجنة واوجب له النار قيل يا رسول الله وان كان شيا يسيرا
قال وان كان قضيبا من اراك نقلت هذا الحديث من حفظي ولكن العرف
كما قلنا يدل على ان لفظ المال مقصور على ما له قدر وبال **وقوله**
ومال عظيم كذلك وقيل ما زاد على النصاب وقيل قدر الدية ش الاشارة
بقوله كذلك الى الخلاف المذكور في المسلة السابقة اي اختلف في قوله
لك علي مال عظيم كالخلاف في قوله لك علي مال ولا يقول عظيم ولا غيره
من الصفات وزاد في هذه المسلة قولين اخرين احدهما انه لا يقبل تفسيره

الا ما زاد على النصاب والقول الثاني انه يقبل الا بقدر الدية الف دينار او اثني
عشر الف درهم فيكون في هذه المسألة خمسة اقوال وانما حكى ابن شاس
عن القاضي عبد الوهاب ان هذين القولين الاخيرين وجهين في الكلام وكان اللفظ
عنده يقبلهما فان فسر المقر كلامه باحدهما قبل منه لا انهما قولان وذهب
الى كل واحد منهما ذاهب فقف على كلامه وتامله والاقرب عندي في هذه
المسألة وفيما يشبهها ان يرجع الى عرف الاستعمال فان فسر المقر كلامه بما
يوافق العرف فاريد قبل منه وان فسره بما يكذبه العرف لم يلتفت الى قوله
ويسجن حتى يفسره او يعيد كلاما على ما تقدم وحيث قبلنا تفسيره فلا
يبعد في بعض الصور ان يستظهر عليه باليمين وهذا هو الاصل
الذي يعول عليه وقوله وله كذا مثل شيء ه يعني اذا اقر بان لزيد عليه
كذا ولم يزد على هذا اللفظ فانه يقبل تفسيره لهذا الكلام بكل ما يقبل
تفسيره اذا اقر بلفظ شيء وقد تقدم عن النحويين ان لفظ شيء انكر النكرات
فتكون اعم من لفظ كذا وهذا هو ظاهر كلام الفقهاء في لفظ كذا انها
اخص من لفظة شيء وان لفظة شيء قابلة لان تفسر بكل ما يتمول
حتى في اجزاء المعدود المتمولات وان لفظة كذا لا تفسر بالاجزاء كالنصف
والثلث وانما هي كناية عن الواحد من المعدود فعلى هذا اذا قال لك
علي شيء قبل تفسيره بنصف درهم او ربع درهم ثوب وشبه ذلك واذا قال
لك علي كذا لم يقبل تفسيره الا بواحد كامل من ذلك وهذا بين على
مذهب ابن عبد الحكم نعم فيه نظر على مذهب سحنون في المسألة
الاتية وقوله فاما كذا درهما فعشرون وكذا كذا درهما احد
عشر وكذا وكذا احد وعشرون قال سحنون لا اعرف هذا ويقبل
تفسيره ه يعني فان فسر الجنس الذي كنى عنه بكذا مثل قوله **كذا درهما**
حمل على انه عشرون لانه لا يميز شيء من العدد غير المركب بالمفرد

المنصوب

المنصوب الا بعض العقود وذلك من عشرين الى تسعين فيلزم المقر
اقل ذلك وهو عشرون ويحلف فيما زاد ان ادعى المقر له اكثر من
عشرين ومثل هذا المعنى اذا قال له كذا كذا درهما فان كذا كذا كناية
عن المركب وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيلزم المقر اقل ذلك
وهو احد عشر فلو قال كذا وكذا بالعطف لزمه احد وعشرون
لان المعطوف في العدد من احد وعشرين الى تسعة وتسعين واستغنى
المولف هنا عن ذكر المميز بما قدمه في المركب قبله او بما قدمه قبل
ذلك وهو عشرون فانها اول ما يقع عليه العطف وعلى هذا التقدير
فلو قال كذا درهم لزمه مائة درهم لان ذلك اول عدد يضاف الى المفرد
ولو قال كذا دراهم لزمه ثلاثة لانها اول عدد يضاف الى الجمع هذا
هو كلام غير واحد من النحويين في هذا الفصل ومثله عن ابن عبد الحكم
وقول سحنون ما اعرف هذا اشارة منه الى ان المعتبر في الاقرار هو عرف
الاستعمال لا مقتضى اللغة وهو الحق فان وافق العرف اللغة فذاك
وان خالفها وفسر المقر كلامه بما لا يخالف العرف قبل منه على ما
تقدم والا لم يقبل وقوله وله خمسون ونيف فتفسيره وقيل ثلاث
وقيل ثلث الاول ه يعني انه اختلف المذهب على ثلاثة اقوال في الذي
يلزم المقر بالنيف فقيل يلزمه ما فسر به كلامه من قليل وكثير كان
واحدا من العدد الذي عطف عليه النيف او جزءا من ذلك الواحد فلو
قال خمسون درهما ونيف وفسر النيف بنصف درهم او بدانق او بغير ذلك
من الاجزاء قبل منه وقيل لا يقبل منه الا ثلاثة دراهم وهذا القول
ذكره ابن شعبان وهو اقرب الى اللغة على ما تقف عليه والقولان الباقيان
بعيدان عن اللغة ولا سيما الثالث منهما وذكره ايضا ابن شعبان ومراده
بثلث الاول اي ثلث المعطوف عليه النيف وسواء اخر لفظ النيف او قدمه

وعطف عليه العدد هل زاد لزا لفقها هده المسله قال الجوهري
النيف الزياده يخفف ويشدد واصله من الواو يقال عشره ونيف
ومايه ونيف وكل ما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ النيف الثاني قلت
هذا يدل على فساد القول الثالث فان ثلث الخمسين في قول المقر له على خمسون
ونيف يزيد على الستين لانها اكثر من ثلث الخمسين قال الجوهري
ونيف فلان على الستين اي زاد واناف على الشي اي اشرف واناف
الدراهم على المايه اي زادت وينبغي ان يكون المعول عليه من هذه
الاقوال هو القول الاول لموافقته اللغه ولانه لم يثبت ان اهل العرف
غيروا الاستعمال اللغوي في ذلك وقوله وفي الف ودرهم ونحوه
ثالثها ان كان مثل الف ووصيف قبل تفسيره والا فمعطوفها يعني ان
المذهب اختلف على ثلاثه اقوال فيمن قال على سبيل الاقرار منه لفلان
عندي الف ودرهم او الف وثوب او الف وقفيز حنطه او الف ووصيف
هل تكون الالف مجمله في هذه الوجوه ويرجع اليه في تفسيرها قربه حتى
لو قال انها الف بيضه ودرهم واحدا او الف درهم وثوب واحدا والف
ثوب ووصيف لقبل ذلك منه او لا يقبل منه الا ان يفسر بجنس المعطوف
كما لو قال الف ثوب وثوبا او الف ووصيفا او الف درهم ودرهم فيكون
المعطوف مفسرا للمعطوف عليه او يفرق وهو القول الثالث بين
ان يفسر الالف بما جرت العاده به في العدد ولم يتناول الناس له مع
مباينته للمعطوف فهذا يقبل منه الا اذا قال الف ودينار وفسر
الالف بالدراهم فلا يقبل منه خلافا في العكس ولو كان على خلاف ذلك لم يقبل
منه هذا المعنى حكاه ابن سحنون على ما حكاه المولف وله وجه بحسب
العرف والقول الثالث الاول لابن القصار وهو اصح ان لم يثبت العرف
والله سبحانه اعلم وقوله والوصيه بجل المايه وقربها ونحوها

قيل الثلثان

قيل الثلثان بما فوقه باجتهاد الحاكم وقيل الثلثان وقيل احد وخمسون
وقعت هذه المسله منصوصه في الوصيه وذكرها المولف وغيره في
باب الاقرار لاتحاد البابين في هذا النوع وان كانا قد يختلفان في غير هذا
والقول الاول اشبه ولا يكاد اهل العرف يستعملون لفظه الجل والقرب
والنحو في الثلثين فكلا في لفظة اكثر المايه وحكى سحنون هذه الاقوال
عن اصحابنا ولم يسم قايليها وقوله وقالوا في مايه الا قليلا والا
شيا كذلك الضمير فاعل قالوا يحتمل عوده الى القايلين الثلاثه في مسله
الوصيه السابقه وذلك هو النقل ويحتمل عوده على اهل المذهب
وهذه المسله ايضا نص عليها سحنون في الوصيه مع التي فوقها
وجعلها مسله واحده وهو الذي اراد المولف ولذلك جعل التي
بعدها في الاقرار وحده وبهذا يترجح ان مراد المولف هنا من الاحتمالين
هو الاول وحده وكانه اشار الى انه لا ينبغي ان تخرج من الاقرار في
الوصيه ولا من الوصيه في الاقرار لان كل واحد منهما اصل مستقل
بنفسه الا انهم نصوا في مسله الاستثنا في الوصيه على هذا ونصوا
على خلافه في الاقرار وهو قوله وقالوا لو اقر بمايه الا شيا لزمه احد
وتسعون وفي عشره الاف تسعه الاف ومايه درهم هذا الفرع هو
اما تاكيد لما لاعتقاد الفرق بين الوصيه والاقرار واما اشكال في
المسلتين لاعتقاده المساواه بينهما ولكنهم فرقوا بين الاقرار والوصيه
وحقهم ان لا يفرقوا بينهما وهو الاقرب الى مراده والله سبحانه اعلم
الا ان هذا الفرع في الاقرار ذكره ابن الماجشون ولا نعلمه لغيره ومن
مذهبه انه لا يجوز استثنا الصحيح من العدد وانما يجوز استثنا
الكسر فلا يجوز عنده له عندي عشره دراهم الا ثلاثه وانما يجوز الا
الا نصف درهم ونحوه وذلك نسبه العشرات عنده الى المايه فيجوز عنده

له عندي مائة الا واحدا او الا اثنين الى تسعة ولا يجوز الا عشرة لان
نسبة العشرة الى المائة كنسبة الواحد الى العشرة وكذلك عشرة الاف
لا يجوز استثنا الف منها فلا يقال له علي عشرة الاف الا الفا وانما يقال
له علي عشرة الاف الا مائة والا مائتين الى تسع مائة لان نسبة الالف
الى عشرة الاف كنسبة المائة الى الالف وهذا المذهب على ما هو عليه من
الضعف اذا سلم لا يلزم منه صحة هذا الفرع الذي ذكره المولف الا
لو كان يحمل الاستثنا على اقل ما يمكن وينطلق عليه اسم شي وكما انه يجوز
استثنا تسع مائة من عشرة الاف وكذلك يجوز استثنا اقل من تسع مائة
فلم حمل الشي المستثنى على اكثر ما يمكن ولم يحمله على الاقل غير انه يمكن
الجواب عن ذلك بان يقال القاعدة في الاقرار انه يحمل كلام المقر على اقل
ما ينطلق عليه الاسم وعلى اقل ما يتناوله كلامه وهذا يلزم عليه
قطعا ان يحمل الشي المستثنى على ما ذكره المولف لا على اقل ما ينطلق عليه
الاسم المستثنى فان ذلك يوجب زيادة على المقر وهو خلاف الاصل
فلم يبق الاشكال الا فيما قدمناه اولا من انه لا يجوز الا استثنا الكسر
وعادتهم يوجهون ذلك بما لا ارضى ذكره هاهنا وقوله ودرهم على
المتعامل به عرفا ولو مغشوشة والا فزنة سبعة اعشار دينار من
الفضة ولو فسر متصلا قبل • يعني ان من اقر بدرهم او بدراهم
فاما ان يطلقها اقربه واما ان يقيده فالاول ان يفسر اقراره بما يتعامل
به اهل البلد فما هو خير منه قبل ذلك سواء كان ما اقر به مما يتعامل به
اهل البلد جيدا او رديا وازنا او ناقصا وهذه المسلة وشبهها مما
يتبين لك ان العموم عندهم مما يخصص بالعادة على ان هذه المسلة
لخصوصيتها هل هي من باب تخصيص العام بذلك او من تقييد المطلق
وعلى التقديرين فهل العادة هنا قولية او فعلية فيه نظر والاقرب

ذلك

انه من

انه من باب تقييد المطلق وان العادة فعلية وانما ذكرناها هاهنا لان بعض
المتقدمين من كبار الشيوخ اشار في هذه المسالة الى شي مما قلناه واما قول
المولف والا فزنة سبعة اعشار دينار فيعني به وان لم يكن عرف يقيد
هذا المطلق كونه الدرهم الشرعي او الدراهم الشرعية المعروفة بوزن
سبعة وهو الدرهم الذي وزنه خمسون حبة وخمسا حبة من الشعير
لان ذلك سبعة اعشار وزن الدينار الشرعي الذي وزنه اثنان وسبعون
حبة من الشعير المطلق على ما هو الصحيح في مقداري الدينار والدرهم
الشرعيين لا غير ذلك مما قيل فيه على ما بيناه في كتاب الزكاة حيث تبع فيه
المولف غيره ولو عرف المولف هنا لفظة دينار حتى تكون الالف واللام
فيه للعهد لكان احسن ولكنه قال سبعة اعشار دينار منكرا ولا
يدري ما وزن ذلك الدينار هذا معنى ما اشار اليه في هذا الموضع وهو
صحيح اعني في حمل كلام المقر على الدرهم الشرعي لكن بشرطين احدهما
ان يكون عند اهل ذلك البلد شعور بمقدار الدرهم الشرعي الثاني ان
لا يكون اهل ذلك البلد ممن يتعامل بالدراهم البتة والا فان انعدم
الشرط الاول فكيف يقيد كلامهم بما ليس لهم به شعور واكثر من
الفقها لا يعلمون وزن الدرهم الشرعي ومن علمه منهم يختلفون في مقداره
فكيف بالعوام وان انعدم الشرط الثاني وكانت في البلد دراهم مختلفة
الوزن او الجودة وجب ان يحمل كلام المقر على اقلها وزنا وادناها
صفة فان خالفه المقر له حلف المقر على ما تقدم واما قول المولف ولو
فسر متصلا قبل فمعناه فلو فسر المقر في هذه المسلة كلامه بما هو بلده
فيه العرف لكنه وصل التفسير بكلامه فانه يقبل منه بخلاف
التفسير المنفصل فانه كالعدم وهو صحيح اذا كان هذا التفسير
يقبله كلامه ولو على بعد واما ان قال الدراهم رصاص وشبه ذلك

فانه لا يقبل منه لانه لا ينطلق على هذا النوع دراهم عرفا هذا ما يتعلق
بكلام المولف ولعله اراد ان المقر لم يبين الوجه الذي تعلقت به الدراهم
المقر بها ذمته او تحت يده واما لو ذكر في اقراره انها تخلدت في ذمته
من بيع وحالفه في ذلك المقر له فيرجع الحكم فيها الى ما تقدم من اختلاف
المتبايعين ولو اصل ذلك الى انه تعلق بذمته من قرض فانه ان اقر
بما يقرضه الناس غالبا قبل منه وان اقر بما لا يقرضه الناس فقال
ابن سحنون ان اصحابنا اختلفوا فيمن اقر بفلوس وقيدها بانها الفلوس
الكاسدة وانها من قرض فقال بعضهم يقبل وقال بعضهم لا يقبل وذلك
حكي عن اهل العراق انهم اختلفوا فيه قال ولو وصل اقراره بقوله انها
وديعة ثم ذكر بعد ذلك انها زيوف او بهارج لقبل ذلك منه بخلاف
ان لو كان ذلك من غصب او قرض وذكر ابن عبد الحكم فيمن اقر بدراهم وديعة
ثم قال هي مغشوشة فانه اختلف قول ابن القاسم هل يقبل ذلك منه ام لا
وقوله ودراهم كثيرة قيل اربعة وقيل تسعة وقيل ما تان ● هذه
الاقوال لا يظهر لها ولا لواحد منها وجه بينه ولا شك في مخالفتها
للغة فان شهد عرف قوم لشي منها قيل والا لم يقبل فان قلت لو اقر
بالعدد القليل لزمه ثلاثة فينبغي ان يلزمه اربعة اذا اقر بالعدد
الكثير لوجوب زيادة العدد الكثير على القليل والزيادة المحققة
واحد لا اكثر قلت انما التزم الزام ثلاثة اذا اقر بدراهم قليلة
لان الثلاثة اقل الجمع عند المحققين فهو اقل القليل من هذا النوع ولا
يلزم من رفع اقل القليل وجود الكثير لبقاء اعداد اخر هي من نوع
القليل والحاصل ان الثلاثة مع الكثير متقابلان تقابل الضدين
لا تقابل النقيضين ولا يلزم من رفع احدها وجود الاخر لبقاء اضداد
اخر ومن الجزمه ما تبين وكانه اعتبر الكثرة الشرعية والرخصة

اقلها

اقلها ولا يظهر هنا ويلزم هذا القايل اذا اقر بالكثيرة ان تجب عليه
خمسة واذا اقر بها بكثيرة ان تجب عليه عشرون **وقوله** ولا كثيرة
ولا قليلة اربعة ● لا شك في ان هذا القول مخالف للقول الاول من
الاقوال الثلاثة السابقة في الفرع الذي قبل هذا وانما ينبغي النظر على
اي القولين يجري من القولين السابقين ولما كانا مشتملين على ما بناه كان
المبني عليهما كذلك ولا شك ايضا في ان هذا القول الاخير على مقتضى
اللسان العربي لان الاربعة من العدد القليل والمقر قد وصف الدراهم
المقر بها بانها ليست بقليلة وايضا فانه لا يوجد على مقتضى اللسان
العربي عدد ليس بقليل ولا كثير على ما تقرر في جمع القلة وجمع الكثرة
فلم يبق الا الرجوع الى العرف ولم يثبت عندنا فيه شي **وقوله** ودرهم
الى عشرة قيل تسعة وقيل عشرة ● لا شك في دخول الدرهم الاول
الذي هو ابتدا غاية الدراهم المقر بها والخلاف في دخول ما بعد الى في
حكم ما قبلها مشهور عند الفقهاء والنحويين والاكثرون من الفقهاء
يرون دخول ما بعدها في حكم ما قبلها اذا اتفقا في الجنس وظاهر المذهب
دخول المرفقين والكعبين في حكم الذراعين والرجلين وفي المذهب مسايل
كثيرة من هذا النوع لا معنى لجلبها في هذا الموضع لشهرتها **وقوله**
وما بين درهم الى عشرة قال ابن سحنون عشرة مرة وتسعة مرة وثمانية مرة
● هذه الاقوال موجودة لغير سحنون في مسايل في المذهب من غير
الاقرار كالوصايا وشبهها وحقيقة هذا الكلام لغة تمنع دخول الدرهم
الاول فمن مذهبه عدم دخول ما بعد الى في حكم ما قبلها لا يلزمه الا
ثمانية ومن مذهبه دخول ما بعد الى في حكم ما قبلها يقول هنا يلزم
تسعة الا ان يرى عدم دخول الطرف الاول قرينة في ارادة عدم دخول
الطرف الاخير واما من الزم المقر هنا عشرة فلان العرف دال على ارادة

بحوبهم

والكعبين

دخول الطرف الأول فإذا دخل في الحكم مع قيام المانع من دخوله لغة
فأحرى دخول ما بعد إلى والله سبحانه أعلم وقوله وعشرة في عشرة
فيلزم عشرون وقيل مائة من ألزمه عشرين فهو عرف العامة وهو
المعول عليه لأنهم إنما يريدون بمثل هذا الكلام الجمع ولا يريدون
به الضرب الذي هو تضعيف أحد العددين بعدد ما في الآخر من الآحاد
اللهم إلا أن يكون المقر من أهل العلم بالعدد فينبغي أن تلزمه مائة
ولا يقبل منه غير ذلك إذا كان كلامه مع من هو مثله وفي إلزامه مائة
إذا كان كلامه مع العامة نظر وقوله بخلاف عشرة دراهم في عشرة
دنانير وبخلاف عشرة بعشرة فإنها عشرة فيهما ۝ أما لزوم العشرة
في الصورة الثانية فظاهر وكذلك في الصورة الأولى إن كانت في من قوله
في عشرة سببية وهو الأقرب هنا لكنه يلزمه على هذا التقدير عشرة
دنانير لا عشرة دراهم لأن معنى كلامه له علي عشرة دراهم عوضا عن
عشرة دنانير قبضتها منه ولا خفاء بفساد هذه المعاملة وإن كانت
وأتى في وعائية مجردة عن السببية كما هو الحقيقة فيها وهو الذي
يعطيه سياق كلام المؤلف لتعقيبه الكلام على الوعاء بإثر هذه المسألة
فيلزمه عشرة دراهم لا غير لأن المعنى على هذا التقدير له عندي عشرة
دراهم وعاؤها أي وهو عشرة دنانير وقوله وثوب في صندوق
أو منديل في لزوم ظرفه قولان ۝ قال ابن سحنون عن أبيه فيمن أقر
فقال غصبت فلانا في منديل أخذناه بثوب ومنديل ويكون مصدقا
في صفة الثوب والمنديل وكذا عشرة أثواب في عيبة وقال ابن عبد الحكم
لا يلزمه المنديل ولا العيبة وكذلك اختلفا لو قال له رطل سمن في
زق أو عشرة أرادب في جوالق قلت والأصل ما قاله ابن عبد الحكم
لكن المتبادر في العرف إلى الذهن ما قاله سحنون قال في النوادر وبعد

كلام ظاهر

كلام ظاهره عن ابن سحنون ولو قال غصبتك ثوبا مرويا في ثوب مروي أو زطي
ضمنته ثوبين وليس هذا من باب الضرب في الحساب وكذلك لو قال غصبتك عشرة
أثواب مروية في ثوب مروي قضي له بأحد عشر وأما إن قال غصبتك ثوبا في
عشرة أثواب أو في مائة ثوب فبخلاف الأول لأنه معروف من كلام الناس أن الثياب
تكون في ثوب وعاء لها وثوب في ثوب وعاء له ولا يقال ثوب في ثوب وعاء له
قال وفي المسألة قولان في قوله ثوب في عشرة أثواب أحدهما أنه لا يلزمه إلا
ثوب وقيل يلزمه أحد عشر ثوبا وقوله بخلاف زيت في جرة ۝ يعني
فيتفق على أن الجرة للمقر له إذ لا يستغني الزيت عن وعاء ووعاؤه المنسوب
إليه في الإقرار الجرة فيكون الجميع للمقر له وليس ذلك بأن الخلاف فيه موجود
كما قدمناه فوق هذا حكاه أبو محمد في النوادر عمن حكى عنه الخلاف في المسألة
السابقة وقوله وجبة بطانتها لي وخاتم فصه لي نسقا يقبل ۝ هذا
إذا كان إقرارا مجردا عن الغصب وأما لو قال غصبته هذا الخاتم وفصه لي
فقال ابن سحنون هو مثل الإقرار المجرد وقال ابن عبد الحكم فإن الخاتم والفص
للمقر له ويحلف ولو قال لا علم لي حلف ما يعلم ذلك وكان له الفص وحكى عن
أشهب أنه يخالف في هذا الباب ويرى مثل ما حكاه المؤلف وحكى ابن المواز عن
ابن عبد الحكم ووافقه عليه في القائل في باب بيده خشب هذا الباب
لفلان ومساميره لي أو خشبه لي ومساميره لفلان فهو كما قال ويكونان شريكين
بقدر المسامير من الخشب قال ابن المواز وإن قال هذا الباب لفلان ومساميره
لي فقال أشهب هو كما قال وكأنه عندنا ليس باستثناء بين قال ابن عبد الحكم
وأنا أرى أن الباب كله للمقر له وليس باستثناء وقوله ولو أشهد في ذكر بمائة
وفي آخر بمائة فآخر قوليه مائة ۝ يعني لو أشهد له في وثيقة بمائة دينار
لزيد مثلا ولم يذكر سببها ثم أشهد له في وثيقة أخرى بمثل ذلك العدد
من غير ذكر سبب واختلف في ذلك قول مالك والأصل المذهب في تلفيق الشهادة

على نفسه

على الاقوال ان تكون هذه شهادة واحد غير انه يحلف المقر ليرد دعوى المقر له وهذا احد قولي مالك ولهذه المسالة والتي بعدها تعلق بتكرار الوصية للموصى له من نوع واحد وسياتي ذلك في محله ان شاء الله تعالى واما لو ذكر في الوثيقة السبب الذي وجبت به المالان للمقر له وكان السببان مختلفين كما لو كان احد المايتين قرضا والاخرى ثمن سلعة لاتفق على انه يقضي بالمايتين وكذلك عندي اذا كان الاقرار مجردا غير ان احد المايتين حالة وتاريخها اقدم والمائة الاخرى موجلة وتاريخها بعد تاريخ الاولى وقوله وبمائة وبمايتين في موطنين فالمها ان كان الاكثر او لا لزمه ثلاث مائة ﻩ يعني فلو اقر له بمائة مجردة عن ذكر السبب في موطن واقر له بمايتين كذلك في موطن اخر ففيها ثلاثة اقوال احدها انه تلزمه ثلاثمائة سواء كان اقل العددين بعد او قبل او اخر والقول الثالث التفصيل بين ان يتقدم الاقرار باكثر العددين فتلزمه ثلاثمائة او يتقدم الاقل فيكون الثاني بعضه موكدا للاول والثاني تاسيس وزيادة لما ترتب له عليه والقول الثاني منها اشبه بمذهب المدونة في تكرار الوصايا من جنس واحد لموصى له واحد ولهذه المسالة ايضا مشابهة بمسالة من قام له شاهد واحد على مائة وشاهدان على مايتين والمجرور من قول المولف وبمائة متعلق بفعل مقدر اي ولو اشهد بمائة وما بعده يدل على هذا الضمير قوله اشهد في المسالة التي فوقه وقوله تعقبه بالرافع ﻩ يعني حكم الاقرار اذا تعقبه ما يرفعه لفظا هل يرتفع مقتضاه او يثبت حكمه اذا تعقبه رافع ويمنعه عما يتوهم انه رافع وليس برافع والا لو كان رافعا لحكمه حقيقة لما كان لذكره هنا كبير فايدة وقوله لو قال الف من ثمن خمر وشبهه فيكون لزمه كلا اشتريت منك خمرا بالف ﻩ يعني ان من اقر لغيره بان له في ذمته الف درهم من ثمن ما لا يجوز بيعه كالخمر والميتة فقد اقر بعمارة ذمته بتلك العدد فقوله بانها من ثمن ما لا يجوز بيعه ندم منه

على ما اقر

على ما اقر به فلا يقبل منه وهذا صحيح عند من يبعض الجمل من اصحابنا واما من لا يبعض كلام المقر منهم فالاقرب انه لا يلزمه شي لان اول الكلام مرتبط باخره فان قلت قد تقدم من الحكم فيمن اقر بهذا الخاتم لرجل ثم قال وفصه لي انه يقبل منه ذلك فلم لا يقبل قول المقر هنا في قوله من ثمن خمر على ما حكاه المولف قلت الفرق ظاهر لان مسالة الاقرار بالخاتم هذه لا تنافي بين صدقه في الخاتم وفي الفص معا ويمكن ان يكون كلامه صحيحا فيهما معا اما مسالة ثمن الخمر هاهنا فلا يمكن صدقه فيهما جميعا فلذلك عد كلامه الثاني ندما واما قول المولف بخلاف اشتريت منك خمرا بالف فظاهر انه لا معارضة بينه وبين ما قبله لان هذا لم يقر على ذمته بشي وانما اخبر عن نفسه بفعل حرام لا يوجب عوضا ولا حكما سوى الادب وقوله وكذلك من ثمن ولم اقبضه بخلاف اشتريته بالف ولم اقبضه ﻩ يعني ان هذه المسالة تشبه التي قبلها والتشبيه بينهما من التشبيه المركب فصدر هذه المسالة يشبه صدر التي قبلها في اللزوم وعجز هذه يشبه عجز تلك في عدم اللزوم غير انه اسقط المولف في هذه المسالة قولا بعدم اللزوم حيث قال المقر لك علي الف من ثمن عبد ولم اقبضه وهذان القولان جاريان على الخلاف في القاعدة التي اشرنا اليها فوق هذا من تبعيض الجمل فان قلت هلا قيل بتبعيض الجمل في عجز هذه المسالة لان قول القايل اشتريت منك عبدا بالف موجب لعمارة ذمته بالالف للمقر له فقوله بعد ذلك ولم اقبضه ندم منه فلا يقبل قلت لا نسلم ان قوله اشتريت منك عبدا بالف يوجب عمارة ذمته بالالف الا بشرط القبض في المبيع وهو لم يقر به والحاصل ان مطلق الشرا اعم من عمارة الذمة بالعوض بخلاف قوله لك علي الف من ثمن عبد هذا القول صريح في عمارة الذمة فقوله بانه لم اقبضه قد يعد فيه نادما كما قبل وقوله

وعلي الف من ثمن حرير ثم اقام بينه انه ربا لم يقبل على الاصح والو قال
قضيته بخلاف اقرار المقر له وقعت هذه المسله فيما رايته من النسخ وهي مظنون
بها التصحيف من ثمن خنزير اي الحيوان المحرم الاكل وحكى ابن شاس من ثمن حرير
بالحا المهمله وراين سهما بامثناه من اسفل وهو الصحيح اعني ان يكون ما اقر
به المقر من ثمن ما يجوز بيعه لا من ثمن ما يحرم بيعه وبه يتم فرض
المسله ويتحقق مخالفتها بتقدير صحه ما حكاه المولف لكن يقرب من التكلف
وايضا فعلى ما في كلام ابن الحاجب بكون المقر والمقر له اجتمعا على فساد المعامله
فلا تنازع بينهما لاانها قضيه المشترى خاصه هل هو خنزير او غيره ولا يكفي
ايضا في فرض المسله مجرد قيام البينه على ان الالف من ربا حتى تقول البينه
اقر البايع عندنا ان التبايع لم يقع بينهما الا على الوجه الذي ادعاه المقر بعد
ذلك من الربا واما لو قالت البينه نشهد ان له عليه الفا من ربا فلا منافاة بين
هذه الشهاده وبين ما ذكر المقر اولا من ثمن الحرير او ثمن الخنزير لامكان وقوع
البيعتين منهما فاشترى منه حريرا بالف في زمان واشترى منه ايضا بعد ذلك
او قبله من الاشربه الربويه بالف قال ابن شاس في صوره هذه المسله ولو اقر
علي نفسه من ثمن حرير مثلا ثم اقام بينه انه ربي وانما اقر انه من ثمن حرير
لزمه المال باقراره انه من ثمن حرير الا ان يقيم بينه على اقرار الطالب انه
ربا وقال ابن سحنون تقبل منه البينه ان ذلك ربا ويرد الى راس ماله وبالاول
قال سحنون قلت ولعل ما وقع من نسخ كلام ابن الحاجب تغيير من النقله ويشهد
لذلك قول المولف ولو قال قضيته اي فلا تقبل منه البينه على دعواه ان الالف
من الربا لابطالها ما اقر به اولا من ثمن الحرير فكانه باقراره الاول [illegible]
والحد يشهد له بخلاف ذلك ولا يقبل قوله قضيته بعد قوله له علي الف من ثمن
حرير لانه اقر بالف وادعى ما يبطل ذلك الاقرار واما قوله بخلاف اقرار المقر له
فظاهر لان اقرار المقر له بان الالف المقر بها مانع من قيامه بها لانه لا يمكنه القيام

بدعوى اقر ببطلانها وقوله والف ان شا الله يلزمه الف هذا قال
ابن سحنون عن اصحابنا جميعا اذا قال لفلان علي الف درهم ان شا الله تعالى او قال
له عندي او معي او قال عندي له الف ان شا الله ان الاقرار يلزمه ولا ينفعه
الاستثنا وقال محمد ابن المواز ومحمد ابن عبد الحكم اذا قال له علي الف درهم ان
شا الله لم يلزمه وكانه ادخل ما يوجب الشك وحكى ابن سحنون هذا القول
عن اهل العراق قال وعابه سحنون وقال قد وافقونا فيمن قال له علي الف
درهم الا الف درهم او بل لا شي له على ان الالف تلزمه في هذا واشار الى انهم حملوا
ذلك على الاستثنا فهو استثنا مستغرق والاستثنا المستغرق لا يقبل قال وان
جعلوه شكا فقد قالوا اذا اقر بمال شككت فيه ان ذلك لا ينفعه وان
نسق الكلام وكذلك اختلف ابن سحنون وابن المواز في القايل له علي الف
درهم ان قضى الله ذلك او اذا اراد الله او ان رضي الله ذلك او ان احب
الله ذلك او يسر الله ذلك فالزمه سحنون ولم يلزمه ابن المواز وقوله
والف في علمي او في ظني وشبهه قولان تشبه ذلك الذي اراده المولف هو قول
المقر فيما اظن وفيما ارى وفيما اعلم او في علمي او فيما حضرني او فيما حسبت
او فيما احسب والقايل باللزوم هو سحنون ومن القايل بعدم اللزوم هو
ابن عبد الحكم وابن المواز واحتجا بالقياس على الشهاده فان هذه الالفاظ
يبطلها وقال سحنون الشك يبطل الشهاده ولا يبطل الاقرار وكل واحد
من القولين جرى على اصله في المسله السابقه قال ابن سحنون بعد ان حكى
مثل قول ابن عبد الحكم عن اهل العراق واذا قال له علي الف درهم في حسابي
او في ذكري او في كتابي او بكتابي فذلك يلزمه في اجماعهم قال ابن الماجشون
فيما حكاه ابن حبيب اذا قال لرجل ما اعلم الا ان فلانا اعطاني من طعام كذا
او قال ما اظن الا ان ذلك عندي عشره اصوع فادعى ذلك المقر له فانه لا يلزمه
ذلك الا باقرار صحيح ويحلف انه ما جحود لك وما هو الا ظن وان نكل ان يقول

قال

هذا فتشهد عليه به شاهد فليحلف ان ما شهد عليه به الشاهد باطل وقوله
والمؤجل مؤجله يقبل في تاجيل مثلها على الاصح بخلاف مؤجله من قرض ه يعني
ان من اقر بمال مؤجل فان كان من قرض لم يصدق في الاجل وحلف المقر له ان انكر
الاجل وان كان من غير القرض والاجل مستنكر لم يصدق وان لم يستنكر الاجل
فقولان احدهما انه يلزمه الاجل على الوجه الذي اقر به والقول الثاني حكاه ابن
شعبان ان المقر له يحلف ويكون ما اقر به حالا ولعل هذين القولين على الخلاف
في تبعيض الحمل وقوله والغ ان حلف فحلف وان شهد بها فلان فتشهد
لم تلزمه ه اذا شرط في اقراره شهادة رجل بعينه او يمين المقر له فوقع ذلك
الشرط فالمذهب انه لا يلزم المقر ما اقر به اذا انكر وجحد ما ادعاه المدعي
قالوا لانه يقول ظننت انه لا يدعي الباطل او لا يحلف عليه وان الاخر لا يشهد
بالزور يعني ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى قال ابن سحنون
ومن قال لفلان علي مائة درهم ان حلف او اذا حلف او متى حلف او حين حلف
او مع يمينه او بعد يمينه فحلف فلان على ذلك ونكل المقر وقال ما ظننت
انه يحلف فلا يوخذ بذلك المقر في اجماعنا وقال محمد ابن عبد الحكم اذا قال
لفلان علي مائة ان حلف فيها او ان ادعاها او متى حلف بالعتق او الطلاق
او الصدقة او قال ان حلف مطلقا فلا شي على المقر ولو حلف الطالب
وكذلك ان قال ان استحل ذلك او ان كان يعلم انها له او قال ان اعارني دابته
فاعاره او قال ان شهد بها فلان فشهد بها عليه فلا شي على المقر في هذا
كله قال واما ان قال ان حكم بها فلان لرجل سماه فتحاكما اليه فحكم بها
عليه لزمه ذلك لانه لو حاكم رجلان الى رجل من عامة الناس رضيا
به فحكم بينهما جاز حكمه وتامل ما حكاه ابن سحنون وابن عبد الحكم في
تعليق الاقرار على يمين المدعي مع قوله في المدونة عن مالك فيمن قال
لرجل احلف ان الحق الذي تدعي قبل اخي حق وانا ضامن ثم رجع

انه لا

انه لا ينفعه رجوعه ويلزمه ذلك ان حلف الطالب وان مات كان ذلك
في ماله ولم تجعله هبة غير مقبوضة لاجل انه ادخله في عهدة اليمين
ووقف على ذلك وهكذا ذكره ابن سحنون ايضا اذا قال المطلوب للمدعي احلف
وانا اغرم ذلك فحلف فذلك يلزمه ولو رجع فقال لا احلف فليس له ذلك
وللمدعي ان يحلف ويستحق لكن هذا ظاهر لانه لا يبعد هذا النكول من
المدعى عليه ورد اليمين على المدعي وهذا الاوفق على اصل المذهب وقوله
وهذه الشاة او هذه الناقة لزمته الشاة وحلف على الناقة ه يعني اذا
حقق المقر من اقر له وشك في المقر به كما اذا قال هذه الشاة لفلان او
هذه الناقة فذكر ابن سحنون ان ما قبل حرف الشك هنا وهو او لازم للمقر ويحلف
فيما بعده ولم يبين على انه مقر بالاقل مدعى عليه الاكثر وعلى هذا
الاصل الذي قلناه عنه قال ايضا فيمن قال لفلان عندي مائة درهم او
دينار واحد فانه تلزمه مائة الدرهم ويحلف على الدينار ويسقط عنه
فان نكل عن اليمين وادعى الطالب الجميع الدينار والمائة الدرهم حلف واستحق
الصنفين جميعا وهكذا ايضا اذا قال عندي مائة دينار او كر حنطة
فان مائة الدينار تلزمه ويسقط الكر اذا حلف المقر وان نكل وادعاه
المقر له حلف واخذه ثم فرع ابن سحنون على هذا الاصل فروعا كثيرة
حسنة تركناها لما يودي الكلام عليها من الخروج عن كلام المولف كما تركنا
الكلام على الشك في المقر له اذا قال لفلان او فلان او شك فيهما في المقر
به وفي المقر له والكلام في هذا يتسع جدا وقوله وغصبت من فلان لا بل
من فلان فهو للاول ويقضي للاخر بقيمته ه لما كان هذا النوع من العطف
يوجب ابطال ما حكم المتكلم به اولا واثبات ذلك للثاني لزم بسبب ذلك
دفع الشي المقر به لفلان الاول لسبقية الاقرار له ثم ينظر فان كان المقر
به من ذوات الامثال دفع مثله الى الثاني وان كان من ذوات القيم دفع قيمته

يودي

للثاني هذا هو المعروف في المذهب وحكاه ابن سحنون عن ابيه ولكن وقع في المذهب
في مسئلة الاقرار بالوارث اذا قال هذا اخي ثم قال بل هذا انه يدفع للاول
منهما نصف ما بيده واختلف ما الذي يجب للثاني على ما سياتي في محله ان شا
الله تعالى وانما اردنا ان ننبهك هنا على المواضع الذي يوخذ منها الخلاف
في هذه المسئلة واشار ابن سحنون ايضا الى مخالفة اشهب في مسئلة الغصب
التي حكاها المولف قال وقال اشهب خلافا لما قاله سحنون في القايل غصبت هذا
العبد من زيد او عمرو بل من خالد ان العبد لزيد ويحلف لمن شك فيه
ولم يعجب هذا سحنونا لاجماع العلما على من قال غصبت هذا العبد من زيد
بل من عمرو ان العبد لزيد ويقضى لعمرو بقيمته قال وقد اتفق سحنون
واشهب فيمن قال غصبت هذا العبد من زيد وعمرو بل من زيد انه يقضى
بالعبد لزيد وعمرو نصفين بينهما ويغرم لزيد نصف قيمة العبد ان اراد
ذلك زيد وان اراد زيد ان يغرم له قيمة العبد كله فذلك من حقه لكونه
لما قال بل من زيد اضاف غصبه لجميع العبد الى ملك زيد فليس له ان يغصبه
عبده كاملا ويرد عليه نصف عبد قال وهذا يدل على قول سحنون قال ابن
سحنون وقرات على سحنون قول اصبغ لو قال ما بيده دينار عندي لزيد من دين او
من بعد او وديعة بل هي لعمرو ولعمرو لكل واحد منهما ما بيده ولو كان ذلك في
سلعة فقال هذا العبد غصبته من زيد بل من عمرو فان كان قال ذلك قبل ان
يقبض زيد العبد كان العبد بين زيد وعمرو نصفين ولو قال غصبته من
زيد ثم قال بعد ذلك بل من عمرو وقد قبض زيد العبد فان العبد يكون
لزيد ويغرم لعمرو قيمته قال سحنون اصاب لان الذي قاله في العبد فان
الحكم ان يكون العبد لزيد ويقضى عليه لعمرو بقيمته سوا قال بل هو
لعمرو بعد ان قبضه او قبل ان يقبضه ويقرب من قول اصبغ هذا
ما قاله اشهب فيمن مات ولم يترك الا ولدا فقال هذه وديعة عندي لفلان

وفلان معه

وفلان معه فان قال ذلك كلاما متصلا قضي بالوديعة لهما وان قال هذه
وديعة لفلان ثم بعد حين ولفلان معه او لفلان دونه وكان عدلا فهو
كالشاهد على ابيه فيحلف المقر له اخرا على ما شهد به ويقضى له بموجب الشهادة
وان لم يكن الولد عدلا او نكل المقر له اخرا عن اليمين معه فقضى بذلك للمقر له
اولا ولا غرامة على الوارث الا ان يدفع ذلك الى المقر له اولا فيضمن للثاني
لاستهلاك حقه بالدفع وقوله ولكل احدهما التوبين له تعيينه ● يعني
للمقر له فان عين الاعلى فلا شك في قبول قوله وان عين الادنى ووافقه المقر له
فكذلك وان خالفه حلف المقر فان نكل حلف المقر له واخذ الاعلى ويبقى له
الادنى بتسليم المقر له وانظر هل ينتفع به انتفاع المالك ويطا وهذا ان كانت
امة اذا احب ويصير المقر له كالبايع لها والمقر كالمشتري او تباع ويقبض
المقر ثمنها عوضا عن قيمة الاعلى فان عجز عن ذلك حتى يبيع الادنى بالثمن
قيمة الاعلى يوم حلف المقر له ولحده فيكون الزايد من الثمن على القيمة موقوفا
او يتصدق به وانظر في ذلك كله ولابن عبد الحكم ما يشبهه وقوله فان قال
لا ادري فان عين المقر له ادناهما اخذه واحدهما بيمين هذا يمين لانتفا التهمة
عن كل واحد منهما وقوله ولجحودهما بيمين ● في توجه هذه اليمين خلاف مشهور
ذكره المازري وغيره على ما تقدم عليه وقوله فان قال لا ادري حلف المقر لا
ادري ثم حلف المقر له وكانا شريكين ● يعني فان قال المقر له لا ادري بعد ان قال
المقر لا ادري حلف المقر اولا على ما ذكره من عدم المعرفة ثم حلف المقر له وكانا
شريكين في مجموع التوبين وفي العتبية عن ابن القاسم مثل ما ذكره المولف اذا
قال كل واحد منهما لا ادري قال وكذلك لو حلف المقر له ولم يحلف المقر فانهما
يكونان شريكين وكذلك ان نكلا جميعا وراى اشهب انهما اذا نكلا جميعا
قضي للمقر له بادنى التوبين قال المازري والاصل الذي يدور عليه اكثر فروع
انواع شك المقر فيما اقر به هو ان ما تيقنه المقر فانه لا يجبر له عنه وما شك

فيه وابقيه المقوله احده على خلاف في احده له هل ياخده بيمين او بغير يمين وان
شك جميعا المقر والمقوله ففي هذا قولان احدهما ان الذي شك فيه تسقط عن اته
ولا يحلف يجب مطالبه المقر من اجله استصحابا لبراه الذمه والقول الثاني انه
يقسم بين المقر والمقوله لتساويهما في امكان كون المشكوك فيه لهذا ولهذا
فيقسم بينهما نصفين وزاد على هذا عن ابن عبد الحكم ما تركنا ذكره هنا لطوله
فان تشوقنا اليه فانظره في كتابه وقوله والاستثنا بعد الا يستغرق لعشره الا
تسعه بصح خلافا لعبد الملك لا خفا ان البحث في هذه المسله لغوي ولا
شك ايضا ان مسايل الاقرار وما اشبهها من مسايل الطلاق والعتاق وغير
ذلك ليس من شرط ترتب احكامها عليها ان يكون الكلام صحيحا في اللغه
وانما يشترط ان يكون صحيحا في العرف فلذلك لم يتنزل ترجيح الفريقين هاهنا
فان موضعه كتب النحو واصول الفقه وقد قدمنا قبل هذا عن عبد الملك انه لا
يجيز استثنا الصحيح من الصحيح وانما يجيز استثنا الكسر وهو مذهب جماعه
من العلما ولعل قوله اختلف وقد تقدم ايضا في كتاب الطلاق ان من منع من العلما
من منع الاستثنا من العدد ولكن البحث في هذا ايضا لغوي لا عرفي وقد اشار
مالك في كتاب اكريه الدور من المدونه الى ان استثنا الاكثر لا يجوز لغه
ويلزم حكمه بمقتضى العرف وهذا هو الصحيح فان الاعجمي يلزمه اقراره وبيعه
وسراوه وغير ذلك وعلى هذا فلا يحتاج الى ذكر مسله المولف هذه فانه
اذا كان استثنا الاكثر لازما بمقتضى العرف فلا فايده في النظر في تصحيح احد
المذهبين والمسله التي اشرنا اليها من كتاب اكريه الدور هي قوله هناك
ومن اكرى مساكن له واستثنى ربعها بربع الكرا او بغير كرا جاز ذلك
وكذلك من باع دارا واستثنى ثلاثه ارباعها فانه جايز لانه انما باع ربعها
ولا ينظر الى اللفظ اذا صح العمل بينهما وهذا هو الفقه اعني ترتيب الاحكام
على عرف التخاطب اعم من ان يكون لغويا او غيره ولعل ابن الماجشون وغيره

من المتقدمين الذين رتبوا الاحكام على مقتضى لغه العرب خاصه لم يثبت عندهم
تغييرا للغه في باب الاستثنا ومن منع استثنا الاكثر اختلفوا في استثنا النصف
وقد تقدم في الطلاق الكلام على الاستثنا المستغرق وقوله وعلى المشهور
عشره الا تسعه الا ثمانيه تلزم تسعه والى الواحد تلزم خمسه ه هذه
المسله كثيرا ما يفرضها اهل الاصول يقولون صحه فرضها مشروط بصحه
جواز استثنا الاكثر فعل المولف هنا وهو كذلك الا انه يشترط مع ذلك
صحه الاستثنا من العدد كما قدمنا وكذلك يشترط صحه القول بان الاستثنا
من النفي اثبات فقول القايل له علي عشره الا تسعه الا ثمانيه موجب لالزامه
تسعه لان التسعه المذكوره في الاستثنا الاول ابقت من العشره واحدا
لازما للمقر واسقطت ما عداه ثم الاستثنا الثاني اخرج من التسعه الساقطه
بالاستثنا الاول ثمانيه لازمه للمقر مع الواحد الباقي من العشره وذلك تسعه
واما قول المولف والى الواحد يلزمه خمسه فبنا منه على هذا فاذا قال المقر
بعد ذلك الا سبعه فقد اسقط سبعه من التسعه اللازمه سوى اثنان
لازمان وتسقط السبعه المستثناه من الثمانيه فاذا قال الا سته فقد اخرج
سته من السبعه غير اللازمه فتلزمه سته مضافه الى الاثنين اللازمين
فيكون له حينيذ لمجموع هذا الكلام ثمانيه فاذا قال بعد ذلك الا خمسه
سقطت هذه الخمسه ولزمه ثلاثه فاذا قال الا اربعه لزمته هذه الاربعه
لانها مستثناه من الساقط فتلزم مع الثلاثه اللازمه وذلك سبعه
فاذا قال الا ثلاثه سقطت وتلزمه اربعه فاذا قال الا اثنين لزماه مع
الاربعه وذلك سته فاذا قال الا واحد سقط ذلك الواحد من الاثنين ولزمه
واحد مضاف الى الاربعه المتقدمه وذلك خمسه وقوله ولا فرق بين له
الدار الا البيت وقوله والبيت لي ه يعني انه لا فرق بين الاستثنا باداته
الموضوعه له ولا بين الاستثنا بغير اداته اذا كان ذلك مدلولا عليه بالعرف

وان خالفته اللغه قال ابن سحنون من اقر في داري بيديه انها لفلان الا بيتا
معلوما فانه لي فاقراره جايز على ما استثنى في اجماعهم قال وكذلك قوله الا
ثلثها او تسعة اعشارها فانه لي فهو كما قال وقال مثله ابن المواز قال ابن سحنون
وقال اشهب وسحنون وان قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي فان جميع الدار
لفلان ولا يصدق في البيت الا ان يكون الكلام نسقا فيصدق وقال غيرنا
لا يصدق في البيت وان نسق الكلام قال وكذلك في قوله ولكن البيت لي فعلى
ما ذكرنا من قولنا وقولهم وقال محمد ابن عبد الحكم ولو قال غصبته جميع هذه
الدار وبيت منها لي فهذا لا يقبل منه وقد اقر بغصب جميعها ولو انه قال غصبتك
بيتا هو لي كان كما قال واما ان قال هذه الدار لفلان ولكن بيت منها لي قبلت قوله مع يمينه
وقوله والاستثنا من غير الجنس مثل الف درهم الا عبدا يصح على الاصح
ويسقط قيمة العبد الذي حكاه ابن المواز صحة هذا الاستثنا وحكى ابن
سحنون قولين احدهما هذا والاخر انه لا يصح ويلزمه ما اقر به قبل الاستثنا
ويكون نادما فيما بعد اداة الاستثنا والذي عليه الاكثرون ان الاستثنا
المنفصل من غير الجنس جايز لغة وانما الكلام بينهم هل هو حقيقة فيكون
مشتركا بينه وبين المتصل او هو حقيقة في المتصل مجاز في المنفصل
وليس البحث في تحقيق هذا من نظر الفقيه فنتكلم عليه ها هنا والاقرب
النظر الى العرف فان استعمله قوم من الناس لزم والا بعد الاقرار نادما واما مسالة
المدونه في البايع سلعه بدنانير الا دراهم الا قفيز حنطه فليست من الاقرار في
شي ولم يعطها ايضا في المدونه حكم الاستثنا لاجازته البيع وهو مما يدل
على ان المقصود ما يدل عليه الكلام المقر والمتبايعين في العرف لا في اللغه
واما قول المولف وتسقط قيمة العبد فيعني به انه يقال للمقر صف العبد
المستثنى وتقوم صفته وتنقص من الف الدرهم ويلزمه ما بقي وهكذا
يفعل لو قال له عندي عبد الا ثوب لقيل له صفهما وتسقط قيمة الثوب

من قيمة العبد ويلزمه ما بقي هكذا اشار اليه بعضهم وفيه نظر فتامله فانه
على هذا التقدير يكون اقرارا بقيمه لا بعبد ولا بجز منه ولهذا اختار بعض
الشيوخ القول بعدم صحة الاستثنا من غير الجنس وعد المقر فيه نادما
وقد علمت ان رفع الاخص لا يستلزم رفع الاعم فلا يلزم من بطلان
الاستثنا من غير الجنس في باب الاقرار بطلانه مطلقا واعلم ان كتاب الاقرار
كثير المسايل متشعب الفروع ولم يذكر المولف منها العشر ولكن فيما ذكره
تنبيه على كثير مما لم يذكره ولمهد الزمان بزيادة على كلامه ومن
اراد الاستيفا في ذلك فليقف عليه في النوادر قوله الاستلحاق
لا شك ان هذه اللفظه في عرف الفقها اخص مما هي في اللغه فانها طلب
لحوق النسب خاصه وللاب ان يستلحق النسب دون غيره من القرابه وقال
اشهب يصح استلحاق الجد وقال الشافعي يصح استلحاق الاخ والمشهور
عنه خلافه هذا والمذهب انه لا يستلحق الورثه اذا اجتمعوا كلهم على
ذلك هكذا قال بعض الشيوخ ووقع في كلام ابن القصار ما ظاهره ثبوت
النسب كمذهب الشافعي في ذلك وقوله واذا استلحق مجهول النسب
لحق به ما لم يكذبه لان الناس مصدقون على انسابهم فاذا كان المستلحق
مجهول النسب وزمانه يمكن المستلحق ممكنا ولم يقم معارض بنفيه فوجب
تصديقه ما لم يكذبه العقل لصغره الضمير ان المستوفى راجع الى
المستلحق المقر وهذا الشرط ظاهر فان عدمه يرفع الامكان ويوجب
القطع بكذب المقر وقوله او العاده بلده يعني او يكذب المقر في
ذلك العاده كالوادعي من قدم من بلد يعلم ان هذا المقر لم يدخله بعقده
وقوله او الشرع لشهرة نسبه يعني ان شهرة نسب المقر به واحرى
ثبوت نسبه مانع من صحة دعوى المقر وهذا صحيح غير انه شبيه بالتكرار
في كلام المولف لان الغرض ان المقر لم يستلحق الا مجهول النسب والجهل

بنسبه مع شهرته نسبة متضادان ومتناقضين فكان يكتفي عن هذا بقوله
او لا مجهول النسب قال في المدونه عن مالك من باع صبيا ولد عنده ثم اقر
بعد ذلك انه ابنه لحق به ورد الثمن الا ان يتبين كذبه وقد نزلت بالمدينه
فقضي فيها بعد خمس عشره سنه ثم قال بعد ذلك عن ابن القاسم والذي
يتبين به كذبه مثل ان يكون له اب معروف او هو من المحمولين من بلد لا
يعلم انه دخلها كالزنج والصقالبه او تقوم بينه ان الام لم تزل زوجه
لغيره حتى ماتت قبل له فان قالوا لم تزل ملكا لغيره حتى ماتت قال لا ادري ما
هذا ولعله تزوجها واما ان استلحق مسلما مجهولا من بلد دخله لحق به
وقوله ولا كالارمله وان كان كبيرا ه يعني ولا كالامر للمقر له لانه لا يقابل
دعوى المقر الا بعدم العلم لا بالتحقيق فان ادعى التحقيق لم يلتفت اليه
الا ببينه على شي من القوادح التي تقدمت قوله وقال سحنون لا يقبل
اذا لم يتقدم نكاح او ملك عليه ه يعني ان هذا وجه اخر مختلف فيه
هل يعتبر في الاستلحاق شرطا او لا يعتبر وهو ان يعلم تقدم ملك ام
هذا الولد او نكاحها لهذا المقر وذكر المولف عن سحنون انه يعتبر وهو
قول لابن القاسم ايضا وقوله المشهور انه لا يعتبر وهو ظاهر ما قدمناه
الان عن المدونه وهو الاظهر في النظر لانهم انما اعتبروا في هذا الباب الامكان
وحده ما لم يقم دليل على كذب المقر ولم يعتبروا وجود الموجب ولو
اعتبروا وجود الموجب وهو ان يظهر سبب دال على صحه قول المقر
لتعذر فروع كثيره من مسايل هذا الباب التي لا يخالف فيها سحنون
وغيره وقوله ولو استلحق ذا مال وله وارث لم يرثه ه ان ارادان
ذلك في مرض المقر به او بعد موته فذلك ظاهر لقوه التهمه وان كان
في صحه المقر به فهي تهمه ضعيفه وقد تقدم شي من هذا في كتاب اللعان
ودل كلام المولف بحسب المفهوم على انه ان لم يكن له مال قبل منه وفي معناه

المال القليل لانتفا التهمه وقوله وكذلك ان لم يكن وارث على الاصح بنا على
ان المسلمين كالوارث ولان هذا ظاهر التصور لان من لا وارث له معروف
اختلف المذهب هل يقبل اقراره لرجل بانه هذا وارثي ام لا بنا على الاصل
الذي ذكره المولف على ان الشيوخ اضطربوا في تعيين المشهور من المذهب في
هذا الاصل فالباجي يقول المشهور من المذهب انه مقبول القول في ذلك
وابن يونس ينكر نسبه هذا القول للمذهب الاعلى قول شاذ لابن القاسم لكن
هذا اذا كان المقر ذا مال ومساله المولف هذه في العكس ان يكون المقر به ذا
مال فتامل ذلك وقوله ولو قال لاولاد امته احدهم ولدي ومات ولم تعرف
عينه فالصغير وحده حر وقيل وثلثا الاوسط وثلث الاكبر وقيل الجميع
ه فاعل قوله مات ضمير يعود على المقر والضمير المخفوض بالاضافه من
قوله عينه راجع الى المقر به اي مات المقر ولم تعرف عين ذلك الولد المقر
به ودلت واو العطف من قوله وقيل وثلثا الاوسط على تقدم قول اخر
عطف عليه هذا القول فيكون على هذا التقدير في المسله ثلاثه اقوال اعني
باعتبار حكم الاعتاق خاصه لا في لحوق النسب فانه غير معلوم نسبه احد
تلك الاقوال انه يعتق الصغير من الاولاد وحده ولا يعتق الاوسط
ولا الاكبر ولا اعلم صحه نسبه هذا القول الى المذهب الا على ما ذكر ابن
شاس ولعله اعتمد على كلام سحنون ولا دليل فيه على ذلك بل ظاهر كلامه
غير هذا على ما نقف عليه الان والقول الثاني للمغيره انه يعتق جميع
الاصغر وثلثا الاوسط وثلث الاكبر ووجهه ظاهر لان الصغير حر
على جميع التقادير فان كان هو ولده فهو حر وان كان الاوسط هو ولده فهو
حر والصغير ابن ام ولد فهو حر ايضا وان كان الاكبر ولده فجميعهم احرار
لان الاكبر ولده والاوسط والصغير ولد ام ولده فالصغير حر في جميع
الاحوال والاوسط حر في حالين ورق في حال واحده والاكبر عكسه والقول

المالك لابن عبد الحكم يعتق جميعهم بالشك ولعا فرض سحنون هذه المسله
في العتبيه قال الصغير حر على كل حال واتى باثره بنحو ما قلناه في توجيه
قول المغيره ثم قال ففيهما الشك يعني في الكبير والاوسط قال ولهم
تدبير فظاهر هذا الكلام موافقه قول المغيره وقال سحنون في العتبيه
ايضا من اقر عند موته ان فلانه جاريته ولدت منه وان ابنتها فلانه ابنتي
وللابنه ابنتا غير التي اقر بها ثم مات ونسيت البينه والورثه اسمها
قال اذا اقر بذلك الورثه فهن كلهن احرار ولهن ميراث واحده من البنات
يقسم بينهن ولا يلحق نسب واحده منهن قال وان لم يقر بذلك الورثه ونسيت
البينه اسمها فلا تعتق واحده منهن فظاهر كلامه في هذه المسله اذا اقر
الورثه انه موافق لابن عبد الحكم وهو الاشبه في النظر لانه اختلط من يجوز
ملكه بمن لا يجوز وتعذر التعيين واعتاق ذلك الولد واجب وما لا يتوصل
الى الواجب الا به فهو واجب والمسله قريبه من اختلاط الميته بالذكيه والام
في مسله المولف حره على كل قول وقوله واذا ولدت زوجته وغيرها ولدين
وماتتا واختلطا عينته القافه غير زوجته يحتمل ان يريد بها
هو اعم من الاجنبيه عنه ومن امته فيدخل تحته ما لو اختلط ابنه بابن
امراه اجنبيه عنه ويدخل تحته ايضا ابن امته فيقول احدها ابني ولم
يعرف ابن زوجته من ابن امته ويحتمل ان يريد اذا اختلط ابنه بابن امراه
اجنبيه خاصه لكن الاحتمال الاول اظهر والاحتمال الثاني اشبه بما يقوله
الان عن ابن القاسم واما قوله وماتتا فيعني به وماتت زوجته والاجنبيه
وليس لتقييد المسله بموتهما كبير فايده لان هذا الحكم موجود فيما اذا كانتا
حيتين او احداها وقوله وقال ابن القاسم في امراه وجدت مع ابنتها اخرى
واختلطا لا يلحق بزوجها واحده منهما وقال سحنون القافه تصور هذه
هذه المسله ظاهر فان قلت فلم اختصرها المولف على هذا السياق وهلا

جرى

جرى على عادته في الاختصار فكان يقول ولو اختلطت طفله باخرى فهل
يعتمد في تعيينهما على القافه فقولان قلت لما كانت صوره هذه المسله
قريبه من التي قبلها وهما في المعنى واحد ووقع الخلاف في الثانيه منهما
منصوصا عليه ولم يقع في الاولى خلاف منصوص اشار المولف بسياقهما
على هذا الوجه الى تخريج الخلاف من الثانيه في الاولى ولو اختصر الثانيه
على ما قاله السايل لاوهم ذلك ان بين الثانيه والاولى فرقا معنويا وليس
كذلك فان قلت هذا الخلاف جار على الخلاف المعلوم في المذهب وهو
ان احد هذين الولدين نسبه ثابت وانما يستفاد من القافه تعيين اللاحق
منهما وفي المسايل التي اشرت الى الخلاف المذكور فيها لا بد يدخل الولد هل
هو لاحق او غير لاحق ولعل من يقصر اعتبار القافه على اولاد الاما يوافق في
مسله المولف هذه لخفه الامر فيها لخلاف المسايل التي يحتاج فيها الى اثبات
النسب في الاصل لا الى تعيينه على ان الذي يتحصل غير واحد هو القول الشاذ
في المذهب انه يحتمل يعتمد على قول القافه في مسايل الاما والحراير لا يقصر ذلك
على الاما وقد اختلف العلما في الاعتماد على قولهم مطلقا في الحراير والاما
واحتج من اعتمد على قول القافه اما مطلقا واما في الحراير وحدهن بما في
الصحيح عن عايشه رضي الله عنها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم
ذات يوم مسرورا فقال يا عايشه الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي فراى
اسامه وزيدا عليهما قطيفه قد غطيا روسهما وبدت اقدامهما فقال
ان هذه الاقدام بعضها من بعض ومن لم يعتمد على قولهم قال سرور النبي
صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث يحتمل ان يكون بسبب ما ظهر من قول
القايف الرافع لكلام الناس وذلك ان العرب تعتمد على قول القايف في الالحاق
والنفي وكان اسامه اسود شديد السواد وكان زيد ابيض شديد البياض
فجا كلام مجزز موافقا لظاهر حكم الشرع من الحاق الولد بالفراش فلولا كلام

[illegible]

يجز ان يبقى في نفوس العامه الجهله شي فلما قال مجزز ذلك الحكم وسر به
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعد وهم من عسى ان يبقى في نفسه شي
الا ترى الى ما وقع في الصحيح من حديث ابي هريره رضي الله عنه ان اعرابيا
اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان امراتي ولدت
غلاما اسود واني انكرته فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل لك من ابل
قال نعم قال ما الوانها قال حمر قال فهل فيها من اورق قال نعم قال له رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاني هو قال لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق له
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم وهذا لعله يكون نزعه عرق له ولم
يرخص له في الانتفا منه وقوله ولا يعتمد القافه الا على اب حي وقيل
وعلى العصبه يعني ان القافه تعتمد على شبه الاب مع الولد ولا تعتمد
على شبه غيره من العصبه كالاخوه والاعمام هذا هو ظاهر المذهب
قصرا لذلك على مثل قضيه زيد واسامه وقال سحنون تعتمد على شبه
العصبه يريد في موت الاب واما قول المولف اب حي فهو ظاهر الروايات
انه يشترط في الاب ان يكون حيا وان مات لم يلتفت الى شبهه لكن
فسر سحنون الحياه هنا بمعنى وجوده لينظر الى شبهه وسواه كان حيا او
ميتا لم يدفن واختلف المذهب هل يكفي قول القايف الواحد وهو المشهور
او لا بد من قايفين كالشاهدين والاول اشبه بقضيه اسامه وبما روي
عن عمر رضي الله عنه وقوله واذا اقر ولدان عدلان بثالث ثبت النسب
هذا مذهب اكثر العلما ووجهه ظاهر وحكي عن بعضهم انه لا يثبت بذلك
النسب ولا خصوصيه للولدين في فرض المسله وسايرهما في ذلك العصبه
كالاخوين والعمين وقوله وعدل يحلف ويشاركهما ولا يثبت النسب يعني
لو اقر به احد الولدين وانكره الاخر والمقر منهما عدل فان المقر له يحلف
وياخذ ثلث التركه ولكنه لا يثبت النسب لانه لا يكفي في ثبوته الشاهد الواحد

مع اليمين

مع اليمين ومنع الشافعي وابن سيرين من المشاركه في هذه المسله لان اخذ المال
من التركه مشروط بثبوت النسب ولم يحصل هذا الشرط وكذلك الخلاف ايضا
في المسله التي بعد هذه في كلام المولف والمسله مشهوره في علم الخلاف وركون
النفس فيها الى مذهب الشافعي واما ان كان المقر عدلا وهو وحده وارث
فالمذهب ان النسب لا يثبت كما قدمناه في اجتماع الورثه ومذهب الشافعي ثبوت
النسب لان المشهور عنه ان الورثه اذا اجتمعوا صح الحاقهم النسب بالميت ومثله
عن ابن القصار على ما قدمناه وقوله وغير عدل يوخذ له منه ما زاد
على تقدير دخوله معهم يعني وان كان الوارثان ولدين فاقر احدهما
بثالث وانكر الثاني والمقر منهما غير عدل فانه ياخذ من المقر ثلث ما في
يديه ويدفع للمقر له وهذا هو معنى قوله ما زاد على تقدير دخوله ولكن
المولف جمع الضمير فقال معهم ولم يقل معهما وفيه نظر تسامح وكانه نبه
على كيفيه العمل فيما هو اعم من هذه الصوره وبيان كيفيه العمل ياتي ان شا
الله تعالى في كتاب الفرايض وقد تقدم ان الشافعي لا يرى للمقر له في هذا النوع
شيا وقال ابو حنيفه بان المقر يشارك المقر له ويساويه وبه قال ابن كنانه
من اهل مذهبنا والمشهور من مذهبنا قال احمد بن حنبل وهذا الذي قلناه
من ان المقر يدفع للمقر له ثلث ما في يديه اذا كانت التركه عينا واما ان كانت
عروضا كما لو ترك الميت عبدا وامه فاخذ المقر العبد والمنكر الامه ثم اقر
احدهما باخ فقال ابن ميسر هو مقر بثلث العبد وثلث الامه وكان له في
الانكار يعني للمقر له نصف كل واحد منهما فاقر في كل نصف وجب له بثلث
ذلك النصف وهو سدس العبد فلما باع نصفه في الامه بنصف اخيه
في العبد ضمن لاخيه سدس قيمه الامه واما ثلث العبد فواجب له لان سدسه
كان بيده وهو سدس اخر عاوض به اخاه فان باع ما لا يجب له كمن اشترى
شيا ثم اقر انه لاخر فليسلمه اليه فقد وجب له ثلث العبد بكل حال وتخير في

سدس الامه بين ان يلجيد منه قيمته او باخذ منه سدس العبد الذي باعه
به فيصير له نصف العبد وقال ابو البقري قول اهل المدينه ان يعطيه ثلث
العبد ويغرم له قيمة سدس الامه لانه باع خالد بسدس من العبد وهو مقر
انه لاخيه قال ابو محمد وهذا هو الصواب وليس فيه تخيير لان الذي اعوله به
من تعبدا اشترى بنصفه سدس الامه الذي كان بيد اخيه من العبد الذي كان
بيده وقولــه ولو قال هذا اخي بل هذا فللاول النصف وللثاني نصف ما بيده
وقيل جميعه ○ الاول هو الجاري على اصل ابن القاسم وغيره والثاني هو الجاري
على اصل اشهب وكذا اذا اقر بوارث ثم بوارث لم يدخل الثاني مع الاول الا
ان يكون الاقرار بهما نسقا فان اقر بالثاني بعد ان دفع للاول فليس عليه للثاني
الا الفضل الذي بيده على نصيبه مثاله توفي رجل وترك ابنا فله المال
كله اقر بابن اخر فله نصف المال بلا خلاف فان اقر بثالث فقال سحنون حكمهما
حكم ابنين ثابتي النسب اقر احدهما بثالث فيدفع له ثلث ما بيده وكذلك لو
اقر برابع وخامس قال سحنون وهذا معنى قول ابن القاسم وغيره وقال
اشهب لا ينظر في هذا الى ما يجب للمقر وانما ينظر الى ما يجب للمقر له لان جميع المال
كان بيد المقر وكان قادرا على الاقرار بهما جميعا وسواء كان عالما بالثاني او
غير عالم لان العمد والخطا في اموال الناس سوا وعلى القول الاول لا يحتاج الى
قضا قاض وقال احمد ابن نصر الداودي انه ان دفع بقضا لم يضمن وقولــه
ولو ترك اما واخا فاقرت الام باخ ففي الموطا ياخذ منها النصف وهو السدس
لنفسه وعليه العمل وروي يقتسمه مع اخيه ○ انما كان للمقر به السدس على
القول الاول لان الام اقرت بالاخوين وليس لها معهما الا السدس وقد كانت احرزت
الثلث فخرج عن نصفه للمقر به ولا شي فيه للمنكر لان بيده النصف الذي له
ولولا انكاره لما بقي بيده الثلثان والرواية الثانية يشاركه فيه الاخ لان الام
اقرت به لهما معا لانها تقول ليس لي مع الاخوين الا السدس والزايد عليه بينهما

سوا

سوا وقيل يوقف نصف المنكر من السدس فان صدق الام اخذه ودفع لاخيه
نصف الثلثين اللذين كان احدهما مع الام وقيل يوقف الاخ على اقرارها فان
صدقها اخذت السدس وكان الباقي بينهما وان كذبها كان السدس للمقر به

وقولــه الوديعه استنابه في حفظ المال هذا
الرسم صحيح فان قلت ليس بجامع لخروج ايداع الاب ولده عند غيره يحفظه
له ووضع الجاريه المبيعه بيد الامين في مده الاستبرا ونحو ذلك قلت
ليس مراد المولف هنا ان يرسم الوديعه لغه وانما مراده ان يرسمها في
عرف الفقها والذي يترجم له الفقها باب الوديعه هو ما رسمه المولف
هنا فلا يعترض بمساله حفظ الولد فان المراد خروجها من الرسم بل لو
ادخلت فيه لكان غير مانع واما مساله الجاريه ففيها نظر فيحتمل ان يقال
هي استنابه على حفظ المال فينطبق عليها الرسم ويحتمل ان يقال ليس
المقصود مجرد حفظها وانما المقصود الرجوع الى اخبار الامين
عن خروجها من العده فلا ينطبق الرسم عليها ويكون غير جامع
فان قلت سلمنا انه جامع لكنه غير مانع لدخول بعض انواع الاجاره
فيه الا ترى انه ينطبق على الاجاره على حراسه المال قلت وهذا النوع
من الاجاره مراد الدخول في هذا الرسم ولا ينكر في الفقهيات وامثالها
من العلوم ان تكون المساله مشتمله على وجوه لكل وجه منها تعلق بباب
او كتاب من كتب الفقه فيحتاج بسبب ذلك الى ذكرها في كتب متعدده من كتب
الفقه والله سبحانه اعلم وانما كان يعترض بهذا الكلام ان لو قال المولف
استنابه في حفظ المال بغير عوض ولكنه لم يذكر هذا القيد اراده منه
لدخول هذا النوع وشبهه وقولــه وهي امانه لما تقدم رسمها الذي به
يحصل تصورها تعرض لاحكامها فذكر من تلك الاحكام انها امانه اي ليست
بمضمونه في الاصل ما لم يعرض لها عارض يوجب الضمان وهذا الحكم متفق عليه

وقوله وهي جايزة من الجانبين ه مراده بالجواز هنا مقابل اللزوم اي
لكل واحد من المودِع والمودَع ان يترك ما ادخل فيه نفسه فلرب الوديعة ان
يستردها من يد من دفعها اليه ولآخذها ان يردها اليه ولا يشترط اجتماعهما
على الرضى بذلك ما لم يعرض في ذلك عارض ينقل هذا الحكم الى اللزوم كما في
الجارية المتواضعة او يكون ذلك الحفظ باجرة كما اشرنا اليه انها تكون اجارة
وعقد الاجارة لازم وربما يعرض لها اللزوم من وجه آخر كما لو كان ربها عاجزا
عن حفظها فيتعين عليه الايداع لنهيه صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال
فان لم تجد من يحفظها له الا واحدا تعين عليه قبولها وحفظها لوجوب اغاثة
الملهوف فيكون اللزوم على هذا التقدير بمعنى الفرض وهو مخالف للزوم الذي
قبله وفي دخول هذا كله تحت كلام المولف نظر لكن العوارض لا يلزم الاعتنا
باستيفايها وقوله وشرطهما كالوكيل والموكل ه لا خفا ان الضمير راجع
الى المودِع والمودَع وظاهر كلامه انه قدم في الوكيل والموكل شرطا يجب
رعيه هنا في المودع والمودع وليس كذلك وانما مراده ان كل من صح منه ان يوكل
غيره صح منه ان يودع غيره وكل من صح منه ان يتوكل صح منه ان يكون امينا
لغيره في حفظ الوديعة لانه عرف الوديعة بانها استنابة في حفظ المال
وعرف الوكالة بانها نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة وقال هناك في باب الوكيل
والموكل العاقدان ومن جاز له ان يتصرف لنفسه جاز ان يتوكل ويوكل الا لمانع ثم
فسر تلك الموانع ولم يذكر هناك شرطا البتة حتى تجب رعيه في المودع
والمودع ومن اودع صبيا او سفيها او اقرضه او باعه فاتلفها لم يضمن ولو
اذن له اهله ه الضمير المنصوب فاتلفها راجع الى السلعة المبيعة ويعلم
من ذلك حكم الوديعة والشي المقرض وليس مراد المولف من هذا الكلام بيان
انه لا يصح ان يودع المال عند الصبي والسفيه فان ذلك داخل تحت قوله
وشرطهما كالوكيل والموكل على ما بيناه وقد علم فوات ذلك الشرط في الصبي

وقوله

في قوله

والسفيه

والسفيه وانما مراده بيان الحكم بعد وقوع هذه الصور وانه عدم الضمان
وذلك بسبب ان المودع والمقرض والبايع سلطوا على اموالهم المحجور ولو ضمن
المحجور بطلت فايدة الحجر وهذا ما لم يكن المحجور صرف هذه الوديعة او ما ذكر
معها في المصالح التي لا بد له منها فيرجع عليهما بالاقل مما انتفع او مما صونوا
صونوا على ما كنا قدمناه قبل هذا وليس اذن ولي السفيه او الصبي في شي مما
ذكر موجبا لتعلق الضمان بالولي ولا بالمولى عليه وقوله وتتعلق بذمة
العبد المادون له عاجلا قد علم مما قدمه المولف ان الوديعة امانة وذلك
يمنع من ان يكون مراد المولف هنا بتعلق الوديعة بذمة العبد المادون
له هو انها تتعلق بذمته بنفس قبولها وقبضها وانما يريد ان العبد المادون
له في التجارة كالحر والحر اذا قبض الوديعة ثم اتلفها تعلقت بذمته فكذلك
المادون له واحتيج الى التنبيه على هذه المسالة من اجل انه قد يظن ان الوديعة
تخالف الديون لان الديون باشرها باذن السيد في التجارة بخلاف الوديعة
فان السيد لم ياذن له فيها ولكنها من عوارض التجارة التي لا بد منها عادة
فاذن السيد للعبد فيها وان لم يدل عليها مطابقة فقد دل عليها التزاما
وليس لقول المولف هنا عاجلا كبير فايدة لان ما تعلق بذمة العبد ولم يكن
لسيده اسقاطه فمن حق من هو له اخذه به في الحال ان امكنه ذلك لكن
حكي عن اشهب انها تتعلق بذمته ولا يوخذ من ماله الان فلو قال المولف
على المشهور وشبه ذلك لافادت اللفظة وقوله وبذمة غيره اذا
عتق دون رقبته ما لم يسقطه السيد وقال اشهب ان كان مثله يودع فكالمادون
له وقيل ان استهلكها فجناية في رقبته ه هذا ايضا معطوف على المجرور بالبا
قبله وتصور كلامه ظاهر الا ان تشبيه اشهب من يستودع مثله بالمادون
له مع انه لم يحك المولف في المادون له سوى ما تقدم يدل على ان المولف يعتقد
ان اشهب موافق لابن القاسم في كل ما حكاه من حكم المادون له وانه يضمن الوديعة

عاجلا وقد قدمنا ان بعضهم حكى عن اشهب انها لا تؤخذ من مال المأذون له الآن
بل بعد العتق وانكره سحنون قول اشهب هذا وانكاره له صحيح لان كون العبد ممن
يستودع مثله لا يوجب على السيد امرا لم يلتزمه ولا سيما ان كان مراد اشهب
انها تؤخذ من ماله عاجلا فعلى السيد في ذلك ضرر عظيم وان كان مراده
ما حكاه بعضهم انها لا تؤخذ من ماله فذلك عيب ايضا في عبده مع انه لم
يتسبب السيد فيه بوجه ورب الوديعة سلط على ماله فان قلت ما معنى القول
المؤلف الثالث هل هو في جميع صور هذه المسئلة او هو مقصور على بعض
صورها قلت هذا القول حكاه يحيى ابن عمر وظاهره يقتضي ان العبد اذا باشر
بالاتلاف سواء كان ذلك عن انتفاع كما لو انتفعها او لا كما لو رمى بها في البحر فانها
تكون جناية في رقبته كما لو لم يأذن له السيد وانها اذا تلفت عنده
بتضييع فانها لا تكون جناية ثم يحتمل بعد ذلك ان تتعلق بذمته وهو الاقرب
وان لا تتعلق بذمته واعلم ان مذهب اشهب هو ان مطلق الاذن للعبد في
التجارة لا يوجب ان يكون العبد مأذونا له في قبول الوديعة حتى يكون
غيره وغير المأذون عنده لتعلق الوديعة بذمة العبد هو كونه غيره وغير
اي مثله يودع عنده وكونه مأذونا له في التجارة وصفا طرديا في خلف
قال عنه الشيخ ابو محمد اذا استتجر عبده الوغد فلسيده ان يطلب عنه ما
اتلف من امانته لانه لم يأذن له في اخذ الودائع ومثله لا يودع وكان موضع
هذا الكلام حيث تكلم المؤلف على المأذون له لكن اتينا به هنا قال اشهب
في العتبية ومن اراد ان يودع رجلا فقال له ادفعها الى عبدي ففعل
فاستهلكها العبد فهي في ذمته ولا شيء على السيد وان غره من العبد قال
ابن عبد الحكم ولا يكون في ذمة العبد باقراره انه استهلكها حتى تقوم بينة
باستهلاكه اياها وقوله ويضمن بالايداع والنقل والخلط والانتفاع
والمخالفة والتضييع والجحود ٥ هذه الاوصاف السبعة هي اسباب ضمان

المودع قد ذكرها المؤلف مجملة واتبعها بتفصيل احكامها وثم اسباب اخر
اختلف فيها تعرض المؤلف لبعضها وقوله فان اودع لعذر كعورة
منزله او لسفره عند عجز الرد لم يضمن ولو لم يشهد ٥ هذا اول الكلام
على السبب الاول من اسباب ضمان المودع وقد تقدم ان المؤلف قال انه
يضمن بالايداع يعني لو كان المودع الثاني مثل الاول في الامانة او اقوى منه
امانة لان ربها انما رضي بامانته الا ان يحدث عذر لم يكن موجودا
حين اودعها ربها كعورة المنزل او جار سوء فاودعها لاجل ذلك فلا ضمان
عليه فان كان هذا العذر موجودا حين اودعها ربها وكان ربها عالما
بذلك لم يكن للمودع ان يودعها فان فعل ضمن قال اللخمي وان كان صاحبها
غير عالم ضمنها وسواء ضاعت عنده او عند غيره الا ان يكون ضياعها
عنده بغير السبب الذي يخاف منه وتاول هذا العذر الذي ذكره المؤلف
وهو مذهب ابن القاسم على ان الوديعة كانت غير العين ولو كانت دنانير
وشبهها مما يدفن في الارض ولا يخاف ان يضطر الى اخراجها لم يكن له
ايداعها قلت قد يقال ان الدفن اما غير سائغ وذلك اذا لم يخبر احدا بها
بمحل الوديعة فانه معرض لموته فيكون سببا لتلفها واما ان يخبر وذلك
في معنى ايداع غيره واما ارادة السفر فذلك عذر صحيح يبيح لايداعها
ان وجد من يودعها عنده قال اللخمي ولو لم يجد ثقة يودعها عنده لانه في
قرية او خشي عليها ان ذكرها فخرج بها لم يضمن قلت وهذا صحيح لان خروجه
بها على هذه الحال حفظ لها ولو اودعها لضمن فان خرج بها من غير عذر
فالمشهور انه ضامن وقال اصبغ للقاضي ان يبعث المال الى ورثة المودع
من بلد الى بلد واما قول المؤلف عند عجز الرد فمعناه انه لا يودع عند وجود
العذر الا اذا عجز المودع عن الرد الى من اودعه وهو ظاهر لانه لو لم
يشترط ذلك لكان متصرفا في الوديعة مع القدرة على ردها واما قوله ولو لم يشهد

ثم معناه ان اعتماده في الايداع لغيره على ما تقدم من العذر كاف ولا يحتاج
مع ذلك الى الاشهاد على الدفع الى من يودعه هكذا قال في المدونة وزاد
فيها انه لا يصدق في انه خاف موضعه او اراد سفرا فاودعها لذلك وخرج
اللخمي في هذا الوجه خلافا مما وقع لهم في من التزى كاتبه فلما قدم قال
اودعتها لانها وقفت علي في الطريق فقالوا يصدق قال فعلى هذا ينبغي ان
يصدق انه اودعها لخوف موضعه او لسفر اذا خفي امره ولو لم يعلم اهل
سافر ام لا قال وهو في الوديعة ابين لانه لا يتهم احدا ان يخرج الوديعة عن
يده لغير عذر قال ويحمل قول ابن القاسم انه يصدق في الايداع بعد ثبوت
الخوف والسفر على ان المودع صدقه في قبضها ويقول انها ضاعت فاما ان
كذبه وقال لم تدفع الي شيا فانه لا يصدق على اصله ويضمن دفع الى غير اليد
التي دفعت اليه وقال عبد الملك انه يصدق واختاره اللخمي وفيما الزمه ابن
القاسم هنا نظر فتامله وقوله ولو سافر بها مع القدرة على ايداع امين
ضمن ه يعني ان العذر السفر لا ينقل الحكم من المنع الى الاباحة خاصة بل
يتعدى الى الوجوب وذلك انه لو نقل الى الاباحة لما ضمن المودع بترك الايداع
اذا اراد السفر لكنه يضمن لانه عرضها للتلف حين سافر بها من غير ضرورة
قال في المدونة وان سافر فحمل الوديعة معه ضمن وقال فيها عن مالك في امراة
كانت بالاسكندرية فكتب وصيها الى ورثتها وهم بالمدينة فلم ياته منهم
خبر فخرج بتركتها اليهم فهلكت في الطريق فهو لها ضامن حين خرج بها
بغير امر اربابها فقوله حين خرج بها بغير امر اربابها هو علة الضمان عنده
وقد يتم لابن القاسم الاستشهاد على قوله وان سافر فحمل الوديعة معه ضمن
والا فللقايل ان يفرق له بان مسالة مالك خرج فيها المودع من بلده لا لموجب
بل بسبب الوديعة ومسالة ابن القاسم في المسافر لحاجة نفسه واستتبع
الوديعة معه ولم يخرج بسبب الوديعة فلم يتعد فيها فلا يضمن لكن

لما كانت

لما كانت علة الضمان عند مالك انما هي خروجه بالوديعة بغير امر اربابها
وهذا المعنى حاصل في مسالة ابن القاسم صح اشتراكهما في الحكم والله سبحانه
اعلم وقد تقدم ما حكيناه عن اصبغ وهو خلاف لما قاله ابن القاسم هنا
وقد تقدم ايضا ما يدل عليه كلام المولف بالالتزام هنا انه لو خرج بها مع
القدرة على ايداعها انه لا يضمن ويقع في بعض النسخ زيادة لفظة امين
بعد قوله على ايداع وهي زيادة حسنة لان ايداع غير الامين هو عين
التضييع وقوله فلو رجعت سالمة لم يضمن ه يعني فلو رجعت
الوديعة معه من السفر الى المكان الذي سافر منه ثم ضاعت بعد ذلك
بغير هذا السبب فانه لا يضمن وهو ظاهر لعدم سبب الضمان فان قلت
هلا حملت كلام المولف على ان مراده فلو رجعت الى يد المودع من عند الذي
كان اودعها له وهو المودع الثاني لان الحكم ايضا عدم الضمان اذا اودعها
لغير عذر ثم عادت اليه ثم ضاعت بغير ذلك السبب قلت ذلك محتمل ايضا
ويحتمل معه ان يكون على مجموع الوجهين الا ان الذي قلناه اولا اظهر لانه
تفريع على ما دل عليه كلام المولف بالمطابقة وهو قوله ولو سافر بها مع
القدرة الى اخره والذي ذكره السايل تفريع على ما دل عليه كلام المولف
التزاما لان قوله قبل هذا فان اودع لعذر الى اخره انما يدل على الضمان
بحسب مفهوم الشرط غير انه قدم قبل ذلك انه يضمن بالايداع والامر في
هذا قريب وهنا انتهى ما يتعلق من الكلام بالسبب الاول من اسباب الضمان وقوله
فلو استودع جرارا وشبهها فنقلها نقل مثلها فتكسرت لم يضمن ه هذا
هو السبب الثاني من اسباب الضمان وهو نقل الوديعة من مكان الى مكان بشرط
اتحاد البلد واما لو كان من بلد الى بلد فذلك من عوارض السبب الاول وقد تقدم
الكلام عليه ثم هذا النقل منه ما هو مادون فيه عادة وذلك هو مراد المولف
بقوله نقل مثلها فهذا لا يوجب الضمان كما لو نقلها لغير ضرورة فتكسرت وقوله

ولو سقط من يده شي فكسرها ضمن لانها جنايه خطا هذا ظاهر المشهور والتوجيه وقد قالوا يضمن وقف على فخار ليشتري منه فاذن له في تقليب الفخار واحدا بعد واحد فسقطت من يده على انيه اخري فانكسر الانيتان معا لم يضمن التي سقطت من يده ويضمن السفلي وقوله ولو دفعها عند زوجته او خادمه المعتاده عنده بذلك لم يضمن خلافا لاشهب يعني لو رفع المودع الوديعه عند زوجته او خادمه بشرط ان تكون عادته الرفع عندها فضاعت الوديعه لم يضمنها ابن القاسم وضمنه اشهب وظاهر كلامه كما قررناه ان اشهب خالف في الزوجه والخالف في الخادم وهو تاويل غير واحد على اشهب وهو صحيح وان كان اشهب لم ينص في الروايه عنه على حكم الزوجه بالتعيين ومن الشيوخ من اشار الي ان قول اشهب بالتضمين تقييد لما اطلقه ابن القاسم وان مراد اشهب اذا كانت عادته الا يرفع عندها ونص كلام اشهب على ما في النوادر وقال اشهب في كتبه اذا اودع لغيره من عبد او خادم او اجير ممن في عياله او في غير عياله فهو ضامن واما في وضعه اياها في بيته او صندوقه او في غير ذلك من بيته او بيت غيره اذا لم ياتمنه عليها ويحل بينه وبينها انه لا يضمن وقوله واما الشرط الذي ذكره المولف في قوله المعتاده عنده بذلك فقول ابن القاسم في المدونه فقيد به اطلاق قول مالك واختلف الشيوخ هل ذلك مخالف لقول مالك اولا والاقرب انه وفاق قال في المدونه عن ابن القاسم وهذا لا بد منه وكذلك ان دفعها الى عبده او اجيره الذي في عياله قال ويصدق انه دفعه الي اهله وانه اودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا انه لا يضمن فيها وان لم تقم له بينه ثم ان ذكرا انه دفع الوديعه الى زوجته فانكرت فهل تتوجه عليه اليمين اختلف الشيوخ في ذلك فمنهم من وجهها على المتهم واسقطها عن غير المتهم ومنهم من وجهها على الجميع قال لان هنا من يدعي تكذيبه وانجح

على ما

على ذلك ربما لو قال المودع رددتها الى ربها وكذبه ربها في ذلك فان المودع يحلف متهما او غير متهم وهذا الكلام ان اراد به ان التهمه مع تكذيب الزوجه له قويه فحلالا وما اذا لم يكن هناك من يكذبه فلا يبعد وان اراد غير ذلك وانها دعوى محققه فقد يقال ان المكذب للمودع في مسئله دعواه على الزوجه هو غير رب الوديعه ورب الوديعه لا يحقق عليه الدعوى فلم تخرج اليمين المتوجهه بسبب هذه الدعوى عن ان تكون يمين تهمه واما في مسئله دعواه رد الوديعه على ربها فربها هو المكذب له وكل واحد منهما يحقق على صاحبه فلا بد من توجه اليمين على من حققت عليه الدعوى وقوله ومتى مات ولم يوص بها ولم توجد ضمن قال مالك ما لم يتقادم كعشر سنين اذا مات من بيده الوديعه ولم يوصي بها ولا وجدت في تركته ففي المدونه في كتاب القراض وكتاب الوديعه انه ضامن وراي سكوته عنها وعن الوصيه بها مع انها لم توجد قرينه تدل على انه تصرف فيها واستشكل ذلك بعضهم وراي ان الاصل فيما قبض على الوديعه والامانه انه باق على ذلك فصارت هذه القرينه ان توجب شيا والذمم لا تعمر بالشك ولاجل هذا استثنى مالك بقوله ما لم يتقادم لضعف موجب الضمان في الاصل ولو وجب محققا لما سقط بهذا القدر من الطول وكانه راي ان هذا الطول يدل على ان ربها اخذها قبل ذلك او ما يشبه هذا من الاحتمالات المنضمه الى الاصل في سقوط الضمان وذكر الشيخ ابو الحسن اللخمي خلافا في سقوط الضمان في هذه المسئله ولم يذكر قايله واختار هو التفرقه بين العين والعرض والمكيل والموزون فيحمل في العين على التسلف وفي العرض على التلف وفي المكيل والموزون في الحاضره على التلف وفي الباديه على التسلف وذكر بنا على عوايد اطردت عنده اوجبت هذا التفصيل ولابن القاسم في العتبيه اذا نزل وحابع ولم يوص

فتوجد صرر عليها مكتوب هذه لفلان وفيها كذا ولا بينه على ايداعه فلا شي
له الا ببينه او باقرار الميت ولعله ضائع اهل الميت وقال عنه عيسى فيمن بيده
ودايع وهو يعلم انه ينفق منها فيوصي بودايع فيوجد في تابوته كيس فيه
دنانير فيها مكتوب انها لفلان وعددها كذا فيوجد اقل فان ثبت خطه بينه
كان ما نقص في ماله والا حلف الورثه انهم ما يعلمون من ذلك شيا قال اصبغ وكذلك
لو وجد خط يد صاحب المال على الكيس مع وجدانه في حوز المستودع حيث
امره فانه يقضي له به قال اشهب فيمن قال عندي ومونه قراض فلان وودیعه فلان
في موضع كذا فلم توجد حيث قال فلا ضمان عليه وقوله وفيها وان بعث
ببضاعه الى رجل ببلد فمات الرسول بعد وصوله وقال المرسل اليه لم يوصلها
لي فلا شي في تركته وان مات قبل ففي تركته وقال سحنون روايه سوء وعكس
محمد فيهما وقال اشهب في تركته فيهما ه تصور هذه المسله ظاهر ونسب المولف
هذه المسله الى المدونه وان كانت الاولى كذلك لان الاولى هي اصل المذهب والثانيه
جات على خلاف فكانه اشار الى ان الثانيه ينبغي ان تتاول ان امكن وقد تاولها
جماعه حمديس على معنى انه طال مقامه بعد الوصول الى المرسل اليه ثم
مات فقد فات شرط التضمين الذي ذكره ملك في المسله السابقه ولو لم يطل
مقامه لكانت في تركته وحملها سحنون على الخلاف ولذلك قال هي روايه سو واختار
هو ومحمد ابن المواز ما ذكره المولف عن اشهب وعلى ما قاله حمديس لا يكون بين ما في
المدونه وبين قول اشهب فرق وفي كتاب محمد عكس ما في المدونه وان كان المولف
نسبه الى محمد اي اختاره ففيه تسامح والذي اختاره هو قول اشهب غير انه حكي
القول الذي ذكره المولف عنه وضمير التثنيه المجرور بفي راجع الى حالي موت
المودع ولا يظهر له كبير فايده فيما حكاه عن محمد لان لفظه عكس تغني عن ذلك
المجرور لاستيعابها الحالين لانها جات توطئه للمجرور الثاني في كلام اشهب
ومبينه له وقد يتخرج في هذه المسله قول بسقوط الضمان مطلقا من المسله

السابقه وكان من حق المولف ان يبين مراد سحنون بقوله روايه سو فانه محتمل
لجميع ما قلناه عنه من موافقه اشهب ومن الحمل بسقوط الضمان مطلقا
ولكنه اجمل كلامه في ذلك كما اجمله فيما نسبه الى محمد ولم يبين باختياره وانما
اختياره ما قدمناه وقوله اما لو لم يمت واكذبه لم يصدق الا ببينه وان
صدقه المرسل اليه ه يريد فلو لم يمت الرسول ودفع الوديعه الى من
امره ربها بدفعها اليه فضاعت وانكر ربها فانه لا يصدق في دفعها
اليه حتى يقيم البينه على معاينه الدفع فان لم يقمها بذلك ضمن سوا صدقه
المرسل اليه في قبضها منه او لم يصدقه في ذلك وقد تقدم في كتاب الوكاله
ان هذا مذهب ابن القاسم في الوكيل المخصوص بخلاف الوكيل المفوض اليه
وخالف ابن الماجشون في هذا المعنى وفي المدونه وان بعثت من رجل
عبدا وبعثت معه عبدك او اجيرك ليقبض الثمن فقال قبضته وضاع
منى فان لم تقم بينه بالدفع الى رسولك ضمن بخلاف من دفعت اليه مالا
ليدفعه الى رجل فقال دفعته اليه بغير بينه وصدقه الرجل هذا لا
يضمن وقد اكثر الشيوخ في الكلام على هذه المسله والاعتذار عنها وذلك
خاص بالمدونه وقوله ولو خلط قمحا بقمح او دراهم بدنانير لم يضمن
ه هذا الكلام فيما يتعلق بالسبب الثالث من اسباب تضمين المودع وهو خلط
الوديعه بغيرها فان قلت واين التضمين والمولف قد حكى عدم الضمان
قلت عدم الضمان فيما ذكره يدل على الضمان فيما عداه لكن ما لم يذكره وذلك
انه حكى صورتين احداهما ان يخلط قمحا بقمح وذلك يعطي انه اذا خلط الشي
بمثله جنسا وصفه وكان الخلط لا يمكن معه التمييز عاده فهذا لا يوجب
الضمان على المشهور كما في ايضا في تسلف ذلك ورده وقال عبد الملك انه يضمن
وهو الظاهر لان القمح وشبهه يراد لعينه الا ترى انه ينتقض البيع باستحقاقه
ويرد للعيب فان اختلفت صفتا القمح وكان قمح الوديعه اجود فانه ضامن

المشتري

بالاختلاف والصوره الثانيه اذا خلط الجنس بغير جنسه وكان ذلك لا يمنع
من تمييزها كالدنانير مع الدراهم فلا ضمان لانتفا موجبه اذ لا مشقه في
ذلك كما ذكرنا ومجموع هذا الكلام يدل على ثبوت الضمان فيما عدا هاتين الصورتين
وما في معناهما فان قلت لا نسلم دلالة كلام المولف على ذلك فانه ليس في كلامه
هنا ما يشعر به سوى ما اقتضته لو من الامتناع ولا يفيد دلالة في ذلك
قلت قد تقدم قبل هذا ان الخلط من اسباب الضمان فصار من اجل ذلك ان
الاصل هو الضمان عند وجود هذا السبب فلا يحتاج الى زياده تدل على هذا
المعنى وانما ذكر هاتين الصورتين كالمخصص لذلك العموم المتقدم بهما
وبما في معناهما فقد استعمل كلامه اولا واخرا على الخلط الذي يوجب الضمان
والخلط الذي لا يوجبه وقال ابن الماجشون اذا خلط الوديعه بمثلها في
الصفه الا ان الوديعه قليله جدا والذي خلطت به مال عظيم حتى تغمرها
بذلك ضمن ومال اليه بعضهم بشرط ان يكون موضع الوديعه قبل ذلك مما
لا يعرف بالدنانير والدراهم وان كان مما يعرف بذلك فلا ضمان وهو موافق لقول
عبد الملك الا ترى الى قوله حتى تغمرها بذلك ولو كان عنده وديعتان لرجلين
احداهما شعير والاخرى قمح فخلطهما المودع ضمن لكل واحد مثل وديعته
فان اراد رفع العدا عنه ويشتره ان يطعاما فلم يجز ذلك عند سحنون
واجازه ابن القاسم واشهب ومعناه اذا كان ذلك برضى المودع قاله ابن القاسم
ثم قال ابن القاسم يقتسمان هذا الطعام على القيمه قال اللخمي يريد قيمة القمح معيبا
والشعير غير معيب ولابن القاسم ايضا انما يقتسمان الثمن وقال ابن المواز ونحوه
لاشهب انما يقتسمانه على الكيل وللمسئله فروع تركناها لبعدها عن كلام
المولف وقوله ولو لبس الثوب او ركب الدابه فهلكت في ذلك ضمن هذا
الفرع مما يتعلق بالسبب الرابع من اسباب الضمان وهو الانتفاع بالوديعه
ولا شك انه متعد بلباس ثوب الوديعه وركوب الدابه وان المتعدي ضامن

لما تعدى

لما تعدى فيه اذا هلك في حال عداه وان لم يهلك وهو مراد المولف بقوله
فان ردها على حالها فهلكت برئ ومالها ان كان باشهاد ظاهر كلامه يقتضي
انه اذا نزع الثوب الذي لبسه او نزل عن الدابه في الموضع الذي ركبها منه ثم
هلك الثوب والدابه بعد ذلك فقال رب الوديعه هلكا قبل النزع او النزول
وقال المودع بل هلكا بعد ذلك ان في المسئله ثلاثة اقوال احدها انه يبرا
والقول قوله والثاني لا يبرا حتى يثبت انها هلكت بعد ذلك من غير سببه
وقد تقدم له على ذلك بينه والثالث ان قامت البينه على انه نزل عن الدابه
مثلا وهي سليمه فالقول قوله بعد ذلك انها هلكت من غير سببه وكونه
وان لم يقم بينه على ردها لحالها لم يقبل قوله لكن المنقول في المسئله
هو ما قاله ابن المواز فيمن استودع ثوبا او دابه فاقر المستودع بركوب الدابه
ولبس الثوب فهلك ذلك فقال ربه انما هلك بيدك قبل ان ترده الى موضعه
وقال المستودع بل بعد ان رددته فهو مصدق مع يمينه ان كان مقرا
بالفعل واما ان لم يقر بفعل وقامت بذلك بينه فلا يصدق انه رد ذلك
الى موضعه الا ببينه قال وهو قول اصحابنا وقال ابن سحنون اذا اقر انه
لبس ثوبا وديعه عنده او ركب دابه وقال هلكت بعد ما نزلت عنها فهو
ضامن قال لانه لما ركبها ضمنها بالتعدي ولو اقام البينه انه نزل عنها
سالمه ثم تعطب بري من ضمانها وقال بعض الشيوخ اصحابنا هو ضامن حتى
يردها بحالها قال ابن سحنون وقال ركبتها باذن ربها فانكر ربها فالقول
قول ربها مع يمينه قلت مقتضى النظر انه متعد بالتصرف فلا يزول عنه
حكم العدا الا بقيام البينه على انه ردها سالمه وان ردها معيبه ولم
تهلك فالحكم التفريق في العيب بين اليسير والكثير على ما علم من حكم
المتعدي في غير هذا الموضع وكذلك اذا حبسها عن اسواقها بطول الركوب
وان لم تتغير في بدنها هذا اصل المذهب وقوله ومستلف الوديعه

ان كان معدما لم تجز اتفاقا وان كان له وفا وهي نقد فجايز لابن اشهب وقيل بالكراهة
وان كان عرضا لم تجز اتفاقا وان كان مما يكال او يوزن كالطعام ففيها قيل كالعرض
وقيل كالنقد هذا حكم التصرف في الوديعة بالتسلف واما المعدم الذي
لا وفا له بها فلا شك في منعه من التسلف فيما اطردت العوايد به من كراهة
ارباب الودايع في تسلفها وكذلك عندي اذا كان له بها وفا الا ان ذلك جملة
ماله او يزيد ماله على الوديعة الشي اليسير لان استخلاص الوديعة من مثل
هذا بعد تصرفه فيها عسر وانما ينبغي ان يختلف فيمن يزيد ماله على الوديعة
زيادة كثيرة بحيث يمكن ردها الى ربها بسهولة واذا كانت دنانير او دراهم وعنده
بها وفا فذكر المولف في جواز التسلف قولين الجواز والكراهة والقول الثاني منهما
نص عليه في كتاب الوديعة من المدونة ويحتمل ان يتاول الكراهة فيه على التحريم
وقيد ذلك في العتبية بما اذا اشهد وهذا التقييد لا بد منه وتؤول على
المدونة من كتاب اللقطة المنع وقال عبد الملك ان كانت مربوطة او مختومة
لم تجز والاجاز والاصل المنع لان تسلفها تصرف في ملك الاجنبي بغير اذنه
ولا خفا بمنع تسلف ذوات القيم لاختلاف الاغراض واما الطعام وذوات
الامثال كالمكيل والموزون فذكر المولف فيها قولين احدهما ان حكم تسلفها حكم
الدنانير والدراهم يعني فيجوز تسلفها او يكره على ما نقله في النقد ووجود الجواز
في تسلفها عزيز بل والكراهة ايضا عزيزة الوجود وانما قال في المدونة اذا
تسلفها وردها عادت على حكم الوديعة كما سياتي ولا يلزم من عودها الى حكم
الوديعة جواز الاقدام على تسلفها وفي لزوم الكراهة من ذلك نظر لاحتمال
ان يقال ان رب الوديعة يكره تسلفها ابتدا فيحرم تسلفها لذلك ثم اذا
اراد المتسلف ردها الى الوديعة رجعت الى حكمها لان ربها لا يكره ذلك
والقول الثاني ان حكم تسلف الطعام ونحوه حكم ذوات القيم وهذا ايضا
مخرج في المذهب غير منصوص عليه وهو تخريج صحيح وقوله واذا تسلفها

موبوطه

لا يحرم تسلفه ثم رد مثلها مكانها فتلف المثل برئ على المشهور وثالثها ان ردها
باشهاد برئ ورابعها ان كانت منثورة برئ هذه المسالة مبنية على ما لا يحرم تسلفه
ليدخل فيه المكروه فيخرج منه العرض وتسلف المعدم للعين وفي خروج
المعدم من ذلك نظر لان ربها انما يكره تسلفها للمعدم خشية ان لا يردها
او يردها بعسر فاذا ردها من غير عسر فقد امتنعت العلة التي لاجلها
منع من تسلفها والاقوال الثلاثة الاول لمالك والقول الرابع لابن الماجشون
والمشهور قال ابن القاسم واشهب واصبغ وابن عبد الحكم وبمقابله قال
المدنيون من اصحاب مالك وبالقول الثالث قال ابن وهب وبالقول الرابع قال ابن
حبيب وضعفه ابن يونس وفي تضعيفه نظر وقال في كتاب محمد انما يشترط
ردها بالبينة اذا تسلفها فيما قبضه من الوديعة ببينة وما لم يقبض
ببينة فلا يحتاج في ردها الى البينة واذا فرعنا على المشهور فلا يصدق
الا مع اليمين قاله اشهب وذلك في كتاب ابن المواز وسكت عن ذلك في المدونة
فان قلت لم سكت عن ذلك الا تراه قال فيها انه مصدق انه ردها ما اخذ
منها كما يصدق في ردها اليك وفي تلفها ومعلوم انه لا بد من اليمين في
دعوى الرد قلت انما احتيج في دعوى الرد الى اليمين لان المودع حقق عليه
رب الوديعة انه لم يرد عليه ما اودعه ورب الوديعة في مسالة التسلف
لا يمكنه ان يحقق عدم رد الوديعة الى محلها فصارت اليمين في مسالة
السلف اضعف منها في المسالة الاخرى والله سبحانه اعلم وقوله واذا قال
لا تقفل الصندوق فاقفله ضمن هذا الكلام مما يتعلق بالسبب الخامس
من اسباب الضمان وهذا الفرع ذكره ابن عبد الحكم واحتج بان الاقفال على
الصندوق اطماع للسارق فيما احتوى عليه الصندوق وحامل له على
طلب ما فيه واختار بعض الشيوخ الاضمان على المودع اذا اذن له رب الوديعة
في وضعها في الصندوق لان شان السارق طلب ما في الصندوق كان عليه

فيها

فقفل اولم يكن والذي قاله ظاهر الا ان يقال ان طلب السارق للصندوق المقفل
اشد من طلبه لما لا قفل عليه قال ابن عبد الحكم ولو قال اجعلها في التابوت
ولم يقل غير ذلك لم يضمن ان قفل عليها يريد والله سبحانه اعلم ان القفل
على الصندوق مادون فيه بمقتضى العاده حتى يصرح رب الوديعه بالنهي عنه
وقوله واقفل واحدا فاقفل اثنين ضمن قولان ٥ القول بالضمان مال اليه
بعض الشيوخ ولا اعلمه منصوصا عليه في الامهات والقول بنفي الضمان
هو لابن عبد الحكم قال ابن عبد الحكم ولو قال اجعلها في قدر فخار فجعلها
في سطل نحاس فضاعت لضمن لان السارق عينه الى سطل النحاس اشرهم الفخار
ولو قال اجعلها في سطل نحاس فجعلها في قدر فخار لم يضمن وقوله وفي
ذلك فتركها في يده لم يضمن ٥ وهذا اول الكلام على ما يتعلق بالسبب
السادس من اسباب الضمان وهو التضييع ويحتمل ان يكون هذا الفرع من
الذي قبله ومعنى كلام المولف انه اذا قال رب الوديعه للمودع اجعل
الوديعه في كمك فابقاها بيده لم يضمن لانه بالغ في حفظها لان كونها في
يده اصون لها من كمه الا ان يقصد ربها اخفاها عن عين الغاصب
فيضمن لان الكم اخفى من اليد وقوله وفي جيبه قولان ٥ يعني لو
قال له اجعلها في كمك فجعلها في جيبه فضاعت ففي ضمانه بهذه المخالفه
قولان وهما خلاف في حال اهل الجيب اصون لها من الكم ام الكم اصون والاقرب
سقوط الضمان فان الجيب اصون لها ولا سيما في لباس اهل المغرب وقوله ولو
سعى بها الى مصادر ضمنها ٥ يعني لو مشى بها الى ظالم فانه ضامن بسبب التضييع
فانه انما امسكها ليحفظها الي مثل هذا فاذا اخبر ظالما بها فذلك عين
التضييع واما قبل يضمن دال غاصبا على مال رجل فغصبه انه ضامن فاحرى هنا
لان الحكم دلالة الدال لم يلزم حفظ المال بخلاف المودع وقوله ولو نسيها
في موضع ايداعها ضمن بخلاف ان نسيها في كمه فتقع وقيل سواء اذا نسيها في

موضع

موضع ايداعها فقال مطرف وابن الماجشون كما ذكره المولف واشار غير واحد من
الشيوخ الى تخريج الخلاف فيها من المسله الثانيه فسووا بين المسلتين وهو
الصحيح قال ابن وهب في العتبيه من اودع وديعه في المسجد فجعلها على
نعليه فذهبت فلا ضمان عليه قلت الم يضيع اذا لم يربطها قال يقول
لا خيط معي قلت يربطها في طرف ردائه قال يقول ليس علي ردا قلت
فان كان عليه ردا قال لا يضمن كان عليه ردا او لم يكن واشار بعض الشيوخ
الى انه اذا جعلها على نعليه يضمن اذا كانت الوديعه يسيره مما لا يجعل
على النعل بخلاف الصره والثياب والاقرب من القولين الذين ذكرهما المولف
عدم الضمان قال سحنون فيمن اودع وديعه فصرها في كمه مع نفقته ثم
دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها انه ضامن وقال بعض الشيوخ لعله انما
ضمن لدخوله بها الحمام وقوله ومن انزى على بقر وشبهها فعطبت
به او منن بالولاده ضمنها ٥ يريد اذا فعل ذلك المودع بغير اذن ربها
والضمير المجرور بالبا عايد على الانزا الذي دل عليه قوله انزى ولو استغنى
المولف بذكر الموت بسبب الولاده عن ذكر العطب بالانزا لكان اقرب الى مقصده
وعادته في الاختصار لانه اذا كان الموت بسبب الولاده موجبا للضمان فاحرى
ان يكون الانزا موجبا لذلك وخالف اشهب في مسله الانزا اذا عطبت تحت
الفحل ولم ير ذلك موجبا للضمان وخالف مالك في مسله الولاده الا انه
ذكرها في المرتهن اذا زوج الامه الرهن فماتت في النفاس فان قلت فعلى هذا
اجحف المولف في الاختصار فترك قول اشهب قيل لك ان يكون العذر للمولف
في ذلك هو ان اشهب يرى ان الانزا جائز للمودع فعله قال في كتبه لا شي عليه
من ذلك الا في الانزا على حيوان الغنم ونكاح الجواري قال فان نقصهن ذلك
للولاده فلا شي عليه لان الولاده في الجواري ليس من فعله انما زوجهن
فكان الحمل من غيره فلا يضمن قال ولو سال النبي في البهايم هل ينزيها قال ان

بتزويجها لواتت الا بدفعها من الانزا لان ذلك مصلحة ولم اضمنه في الجواري ما نقصهن
النكاح لان ذلك نكاح لا يثبت وان رضي به ساداتهن ولو كان نواد ذكورا لم يضمن
شيا لان للسيد ان يجيزه فان فسخه رجع العبد الى حالته من غير نقص واما
مسلة الرهن فقال في المدونة وقد روي عن مالك فيمن رهن جارية عند رجل
فزوجها المرتهن بغير امر صاحبها فحملت فماتت من النفاس ان ضمانها من الراهن
وقال ابن القاسم ضمانها من المرتهن والاقرب الا فرق بين مسلتي الرهن والوديعة
وكان ينبغي للمولف ان يذكرها او يخرج الخلاف منها وصوب بعض الشيوخ سقوط
الضمان اذا ماتت من الولادة قال وهو المعروف من قوله كما لو غصب حرة فزنى بها
وهو غير محصن فحملت فماتت انه لا يقتل بها وكما لو غر من امة فزوجها على انها
حرة فماتت لم يضمن قيمة ولدها للاب اذا غرم الاب قيمتهم لسيد امهم قال واما
اذا ماتت تحت الحمل فالصواب ان يضمن لانه لم يوذن له في الانزا قلت وحاصل
هذا انه اذا ماتت تحت الحمل كان المودع متعديا كالمباشر واذا ماتت
من النفاس كان كالمتسبب واختلف المذهب اذا انزى الراعي فعطبت من ذلك فضمنه
ابن القاسم ولم يضمنه غيره وانظر كلام اللخمي في هذا الفصل فهو حسن وانما
تركناه خشية الاطالة وقوله واذا جحدا اصلها فاقيمت البينة لم يقبل
الرد ولو ببينة على المشهور لتكذيبها ه هذا اول الكلام على ما يتعلق
بالسبب السابع من اسباب الضمان وهو جحود الوديعة ومعنى هذا الكلام
ان من ادعى على غيره انه دفع اليه وديعة فانكر ذلك فاقام المدعي بينة
على صحة دعواه فادعى الاخر انه رد اليه الوديعة لم يقبل قوله في الرد
ولو اقام بينة على ذلك فهل تقبل البينة في ذلك قولان المشهور عدم قبولها
فقيد قوله على المشهور راجع الى الصورة الثانية لا الى الاولى هذا هو المنصوص
في الصورتين وعليه يحمل ظاهر المولف ولا يبعد وجود الخلاف منصوصا عليه
في الصورة الاولى فاصول المذهب تدل على ذلك واختار بعض الشيوخ سقوط

الضمان وقبو

وقبول البينة ولا يلزم عليه ما اشار اليه المولف من تصحيح المشهور بقوله لتكذيبها
اي لتكذيب البينة التي شهدت له بالرد الا ترى ان قوله اولا لم يودعني شيا انكار منه
للرد لان الرد انما يكون بعد الايداع وحيث لا ايداع فلا رد فقال هذا الشيخ وغيره
من حجة المودع ان يقول انما انكرت اولا لغيبة بينتي اولا اني تلف تزكيتها وغير
ذلك مما يمكنه ان يقوله وكذلك الخلاف اذا طلب بثمن سلعة اشتراها فانكر
الشرا فاقام المدعي بينة بالشرا وقبض السلعة فاقام المدعى عليه بينة
بدفع ثمن تلك السلعة هل تقبل هذه البينة اولا وقوله ولو طلبها
فاعتذر فتشاحا فحلف لا يعطيها الليلة ثم قال في الغد تلفت قبل ان تلقاني
او بعده ضمن الا ان يكون احرزها لعله ه هذا هو الذي ذكره ابن القاسم في
العتبية من رواية اصبغ فيمن له عند رجل وديعة فطلبه فاعتذر بشغل
وانه يركب الى موضع كذا فلم يقبل عذره فتشاحا فحلف الا يعطيها له
الليلة فلما كان في الغد قال ذهبت فان قال تلفت قبل ان تلقاني ضمن لانه اقر
بها قال اصبغ باثر هذا الكلام وبعد ان حكى عنه ما قال المولف باثر هذه
المسلة ويحلف ما علم بذهابها حين منعه قال ابن القاسم وان قال ذهبت
مني بعد ما حلفت وفارقتك ضمنها لانه منعه اياها الا ان يكون قد كان
على امر لا يستطيع فيه ان يرجع ويكون عليه فيه ضرر فلا يضمن وقال
اصبغ لا يضمن كان عليه شغل او لم يكن الا ان يكون في يده او يكون عند
بابه وليس فيه شغل ولا غلق ولا امر يتم الا برجوعه ونظره فان جا مثل
هذا ضمن والا لم يضمن وقال محمد ابن عبد الحكم اذا قال انا مشغول الى غد
فرجع اليه فقال تلفت قبل مجيك الاول او بعده فلا ضمان عليه وانما حملنا
هذا الكلام على ما هو عليه لان المولف قصد الى اختصاره ولم يوفيه وقوله
فان قال لا ادري متى تلفت لم يضمن ه يعني ويحلف على ذلك هكذا حكاه اصبغ
عن ابن القاسم في جملة الكلام الذي فوق هذا وباثره قال اصبغ ما حكيناه فوق هذا

من قوله ويحلف ما علم بذهابها حين منعها فان قلت لا يخلو ضياعها على
تقدير ان تكون ضاعت اما ان يكون سابقا على منعه ومنعه كالاقرار بها
ولا يقبل قوله انها ضاعت بعد ان اقر بها او يكون متاخرا عن منعه فيكون
متعديا بمنعه والمتعدي ضامن قلت هو حين المنع لم يكن مقرا بها وانما
امتنع من طلبها الا من دفعها وكان حينئذ يعتقد بقاها على ما كانت عليه
وامتناعه من طلبها كان لعذر صحيح وعلى هذا التقدير فلا يلزمه ضمان
سوا كان ضياعها سابقا على المنع او متاخرا عنه وقوله ولو طلبها فابى
حتى ياتي الحاكم فهلكت فان كانت بغير بينه ضمن وقيل لا ضمان ه يعني ان طلب
رب الوديعه اخذها فامتنع المودع من دفعها له الا بامر السلطان فان
كان دفع تلك الوديعه اولا ببينه فله ذلك ولا يضمنها ان ضاعت بعد
ذلك وان كان دفعه لها اولا بغير بينه فقال ابن القاسم يضمن ان ضاعت
بعد امتناعه وكذلك قال في الرهن يطلب الراهن فكاكه ويابى الذي هو بيده
حتى ياتي السلطان وقال ابن عبد الحكم في مسله الوديعه لا ضمان عليه لانه
يقول خفت شغبه واذاه قلت ينبغي ان يكون معنى قول ابن القاسم الذي
ضمنه هو ان يكون اتيانهما الى السلطان ايسر عليهما من البينه وذلك اذا كان
قبضه اولا للوديعه ببينه والا فلا معنى للاتيان الى السلطان فان الشغب
يرتفع اذا قبضها ربها ببينه وقوله ولو طلبها فقال ضاعت منذ سنين
وكنت ارجوها ولم يكن يذكر هذا وصاحبها حاضر فلا ضمان وقال اصبغ
اذا لم يعرف منه طلب ضمنها وكذلك القراض ه اما سقوط الضمان فهو قول
ابن القاسم رواه عنه اصبغ وقال ابن عبد الحكم في قول اصبغ هذا الذي
ذكره المولف عنه وقاله اصحابنا قال محمد ابن الحكم وانا ارى ان يحلف ولا شي
عليه والاصل سقوط الضمان واليمين للتهمه وهي قويه في هذا الموضع لاطراد
العوايد بطلب ما يتلف واشاعته وانما التثبت عن ذلك والسكوت في مال

نفسه واما الودايع ومال الغير فالشان اشاعه ضياعه وقد اشار مالك الى
ذلك في الاكريه وقوله وكذلك القراض يحتمل ان يكون راجعا الى صدر المسله
فيكون القولان منصوصين فيه وهو الاقرب ويحتمل ان يكون من تمام كلام
اصبغ فيتخرج فيه قول ابن القاسم ولم اقف على هذه الزياده في الروايات في
كتب متقدمي الشيوخ لكني لم ابالغ في البحث عنها وقوله واذا ادعى الرد قبل
مطلقا وقيل ما لم تكن ببينه مقصود التوثق فيلزمه كدعوى التلف ه يريد
اذا طولب المودع برد الوديعه الى ربها فادعى انه ردها اليه قبل ذلك
فان لم يقبضها ببينه فالقول قول المودع وان قبضها ببينه فهل يقبل
قوله في ذلك ذكر المولف قولين احدهما قبوله والثاني عدم قبوله وهذا الثاني
هو مذهب المدونه وغيرها وهو المعروف والقول الاول شاذ على نظر في
صحه نسبته للمذهب ومعنى كون البينه على هذا القول مقصوده للتوثق هو
ان يقصد الى دفع الوديعه بحضرتهم الا ان يكون حضورهم امرا اتفاقيا
بحيث لو لم يحضروا لدفع الوديعه للمودع من غير بينه قال اللخمي وكذا لو
كان الاشهاد خوف الموت لياخذها من تركته او قال المودع اخاف ان تقول
هي سلف فاشهد لي انها وديعه او ما اشبه ذلك مما يعلم انه لم يقصد
التوثق من القابض فيكون القول قوله في ردها بغير بينه وقد وقع في
المذهب اضطراب في الوكيل على قبض ديون وشبهها يدعي انه اوصل ذلك الى
موكله ومذهب المدونه قبول قول الوكيل في ذلك مع يمينه واما قول المولف
كدعوى التلف فهذه المخالفه انما تتم على مذهب المدونه وهو القول الثاني
من القولين اللذين حكاهما المولف واما على القول الاول فلا مخالفه لان قوله مقبول
في الرد والتلف مطلقا والاصل كان ان لا يقبل قول المودع في رد الوديعه الى
ربها قبضها ببينه او بغير بينه الا انهم تركوا هذا الاصل في هذه المسله
لان الغالب عدم الاشهاد في الرد اذا كان اصل قبض الوديعه بغير بينه وقوله

وفي نسخة ما لفظها المشهور يحلف في الرد هذا الكلام صريح في ان المذهب اختلف في
توجه اليمين على المودع اذا خالفه رب الوديعة في ردها وفي ضياعها وان في
ذلك ثلاثة اقوال احدها انه يحلف في المسئلتين معا والثاني انه لا يحلف في
واحدة منهما والثالث وهو المشهور انه يحلف في الرد ولا يحلف في الضياع
ولعل هذا الخلاف لا يوجد في غير هذا الكتاب والذي في الكتب المشهورة ان
المودع يحلف في دعواه الرد والخلاف في دعواه الضياع وفي ذلك ثلاثة اقوال
يحلف المتهم وغيره ولا يحلفان وقيل يحلف الا ان يكون عدلا حلافا وما يقوله المؤلف
الا ان اما المتهم فيحلف باتفاق والاقرب ان اليمين تتوجه في دعوى الرد مطلقا
كما قدمنا وتتوجه في دعوى الضياع بشرط التهمة وقوله فان نكل فالثالث
المشهور يحلف المودع يعني فان نكل المودع بفتح الدال فهل يحلف المودع
بكسر الدال وهو رب الوديعة في ذلك ثلاثة اقوال احدها انه لا يحلف ولا
يغرم المودع والثاني انه لا يحلف ويغرم المودع لنكوله والثالث انه يغرم
لكن بشرط حلف رب الوديعة وهذا القول ذكر المؤلف انه المشهور وهذا
الخلاف موجود في يمين التهمة هل تتوجه او لا تتوجه او يفرق فيها بين المتهم
وغيره وحيث توجهت فهل تنقلب او لا وينبغي ان يكون كلام المؤلف في القول
المشهور مقيدا في هذا الفرع مقيدا بدعوى الرد خاصة ولا يتعدى الى
دعوى التلف لان هذا الفرع مبني على المسئلة السابقة وقد تقدم ان المشهور
فيها ان اليمين انما تتوجه على المودع في دعوى الرد لا في دعوى التلف فاذا
كانت الدعوى لا تتوجه الا في دعوى الرد فكذلك لا يكون النكول عنها الا في دعوى
الرد ولعل المؤلف سكت عن هذا القيد اتكالا على فهم الناظر في كتابه وقوله اما
المتهم فيحلف باتفاق فقد قدمنا الخلاف في المتهم وغيره وقوله ولو قال لا
ادري اضاعت ام رددتها فقيل رددتها هكذا ذكره اصبغ في العتبية قال لانه
ذكر امرين هو مصدق فيهما فان قلت لم عدل المؤلف عن ان يقول كما قال اصبغ فلا

تنقلب

ضمان عليه

فلا ضمان عليه الى ان قال فقيل رددتها قلت لانه اراد ان يستظهر على ما اراده
اصبغ باثر كلامه هذا وهو قوله الا ان ياخذها ببينة فلا يبرا حتى يقيم بينة
بردها يعني لانه وان كان في كل واحد من الامرين لا ضمان عليه الا انه يحلف
في دعواه الرد على ما تقدم فغلب حكم هذا الوجه على حكم الوجه الاخر احتياطا
او يكون تشككه موجبا لتهمته وكذلك ينبغي ان يحلف في هذه اليمين ان يتهم
ولا تنقلب وقد قال عبد الملك ابن عبد الحكم لو قال المودع لربها ان كنت
دفعت الي شيئا فقد ضاع وقد قبض الوديعة ببينة فليس عليه الا بينة
وقوله ولو ادعى الرد على الوارث لم يقبل وكذلك دعوى وارث المودع
لانهما لم يأتمناه كاليتيم معنى هذا الكلام انه ان مات رب الوديعة
فادعى المودع رد الوديعة الى وارث ربها لم يقبل قول المودع في الرد
وكذلك لو مات المودع فقال وارثه رددت الوديعة على ربها وانكر ربها
ذلك لم يقبل قول الوارث واذا كان ما ذكره المؤلف هو الحكم في الصورتين
معا فاحرى ان يكون الحكم كذلك لو مات المودع ورب الوديعة معا
فادعى وارث المودع رد الوديعة على وارث ربها ثم ذكر المؤلف سبب ذلك
وهو كون مدعي الرد في المسئلتين معا ادعى الدفع لمن لم يأتمنه وهو ظاهر
كما لا يقبل قول الوصي في دفع المال لليتيم بعد رشده لانه ايضا غير من ائتمنه
بل الحكم في مسئلة الوديعة اشد منه في مسئلة اليتيم لان اليتيم لو قال بعد
رشده بزمان طويل لم اقبض مالي من يد الوصي لم يكن له على الوصي سوى اليمين
على ما كنا قدمنا قبل هذا وفي مسئلة الوديعة لا يسقط الحق بطول الزمان فان
قلت على ما ذا يعود ضمير المثنى من قوله لانهما لم يأتمناه قلت على وارث
رب الوديعة في الصورة الاولى وعلى رب الوديعة في الصورة الثانية معا لاجل
هذا كان ينبغي ان ياتي بالضمير المنصوب مثنى لان مشهود المودع واذا قال كل
لاحدهما ليست عينه لنا لفا وقسمت بينهما قال محمد لو عليه الضمان وهو ظاهر

كلام المولف هنا ان الوديعه لم تزل بيد المودع لم يدفعها الى احد من المدعيين
وانه جزم بانها لواحد منهما فيتحالفان ويقتسمانها وان محمد ابن المواز قال
عليه ضمان ماية اخرى وهذا كانه تدافع لانهما اذا حلفا على ما ادعياه
وضمن لهما ماية اخرى على ما قاله محمد فلا معنى لاقتسامهما الماية الاولى
بل ياخذ كل واحد منهما ماية والمدلول في هذا الفصل مسلتان احداهما
موافقه للصوره التي تكلم عليها المولف وهي لابن القاسم في العتبيه من
روايه عيسى والثانيه تكلم عليها محمد ابن المواز وهي مخالفه لما قاله
المولف هنا فلناتي بالمسلتين ليتبين لك حكمهما قال عيسى عن ابن القاسم فيمن
بيده وديعه ماية دينار فاتى رجلان كل واحد يدعيها ولا يدري لمن هي
قال يكونان بينهما بعد ايمانهما ومن نكل منهما فلا شي له وهي لمن حلف
واما في الدين فيغرم لكل واحد ماية وقال في كتاب محمد ابن المواز من استودع
ماية فاتى رجلان يدعيانها فقال رددتها الى احدكما فان لم يثبت
ايهما هو فيضمن لكل واحد منهما ماية لان كل واحد منهما يدعي
انه اودعه فلم يقطع بتكذيبه ولقوله للمودع لا ادري هل اودعتني
فهو كالنكول فيحلف المودع ويضمنه وكذلك لو كانوا عشره فانت ترى
كيف هما مسلتان متباينتان في الصوره والمعنى لان الاولى لم يوجد فيها
سوى النسيان المختلف في كونه سببا للتضمين والوديعه قد بقيت بيد المودع
والمساله الثانيه خرجت فيها الوديعه من يده فانضم الى النسيان تعرف
وانما اشار الى الخلاف فيها ابن عبد الحكم لانه قال يا تر ما في كتاب محمد اما في
الدين فيقضي لكل واحد منهما ماية واما في الوديعه فلم اره مثل الدين قال
محمد ابن المواز هذا عندي سوا ذا دفي كتاب الاقرار من كتابه ويحلف كل واحد
منهما ويحلف له ماية ومن نكل لم يكن له شي وان لم يحلف فان نكلا
جميعا لم يكن لهما الا ماية واحده يقتسمانها بينهما ولا يمين عليه

لانه هو الذي

لانه هو الذي ابى اليمين وردها بعد ان ردت عليه معا فان رجع للمودع
فقال انا احلف انها ليست لواحد منهما فلا بد من غرم ماية يقتسمانها الرجلان
بعد ايمانهما لانه قد اقر ان عليه ماية ثانيه قال بعد كلام وذلك لو
كانت الماية التي عليه دينا فيما ذكرنا قال سحنون فيمن استودع وديعه ثم
مات فادعاها رجلان كل واحد لنفسه وقال ابن الميت لا ادري الا ان ابي كان
يذكر انها وديعه فلتوقف ابدا حتى يستحقها احد بالبينه وقال فيمن اودعه
رجل ماية واخر خمسين فنسي من صاحب الماية منهما وادعى كل واحد منهما
الماية انهما يتحالفان على الماية ثم يقتسمانها والخمسين الباقيه اذ ليس لها مدع
قال وقال بعض اصحابنا يغرم لكل واحد منهما ماية بعد ايمانهما وقوله
وله طلب اجره موضعها دون حفظها ه الاصل ان الاملاك باقيه على مالكيها
فلا تنتقل الا بدليل واما اجر الحفظ فقد اطردت العاده باطراحه وان المودع
لا يطلب اجرا على ذلك وبهذا الوجه سقطت الاجره لا ان الحفظ لا تجوز الاجره
عليه لان المذهب جواز الاجاره على الحراسه واما اجره محلها فاطلق المولف
وغيره وجوب الاجره في ذلك وعندي انه ينبغي تقييد هذا بمن يقتضي حاله طلب
الاجره على ذلك كما هو المذهب في رب الدابه ياذن لرجل في ركوبها فيقول
لكنها انما ركبتها عاريه ويقول ربها انما كان الاذن باجاره فالقول قول
ربها اذا كان مثله يكري الدواب واذا صح تقييد هذا القسم من المساله بما قلناه
وجب مثله في القسم الاخر لان كثيرا من الناس يكري نفسه في الحراسه واما ما يحتاج
اليه الوديعه من قفل وغلق فقالوا على رب الوديعه وقوله واذا استودعه
من طمع بمثلها فثالثها الكراهه ورابعها الاستحباب وقال الباجي الاظهر الاباحه
لحديث هند ه تصور كلامه ظاهر لشهره المساله لامن لفظه اذ ليس فيه ما يدل
على ما يصنعه المودع سوا قوله فثالثها الكراهه فان فيما ذكر هنا وايضا فان
المساله عامه ليست مقصوره على الوديعه كما فرضها المولف قال في المدونه

ومن لك عليه مال من وديعة او قرض او بيع فجحده ثم صار له بيدك
مثله بايداع او بيع او قرض غيره فلا تجحده واما احتجاج القاضي الباجي
للقول الثاني بحديث هند فقد يقال عليه ان هذا الدليل لا يتناول جميع صور
المسئلة لان النفقة التي تاخذها هند من مال ابي سفيان هي غير ما وجب لها
ولولدها الا مثل ما وجب لها ولهم والنزاع انما وقع في اخذ المثل لا في اخذ
العين اذ لا خلاف في جواز اخذ العين ووقع في بعض النسخ باثر كلام الباجي
ما نصه وقيل ان كان عليه دين فلا ياخذ الا ما يستحقه واظن ذلك زيادة
ممن اراد ان يستدرك على المولف شيا من الاقوال التي بقيت عليه لان اتيان
المولف بكلام الباجي محتجا به لتصحيح القول الثاني دليل على انه قصد ان
يكون ذلك في اخر الكلام ولو اراد ذكره في وسط الكلام لاتى به اثر
القول الثاني وقبل القول الثالث وايضا فعادة المولف في مثل هذا ان يقول
وخامسها والله سبحانه اعلم وهذا القول الخامس رواه ابن وهب عن مالك
وروى ابن نافع مثله وزاد مع ذلك اذا امن ان يحلف كاذبا فلياخذ قدر
حقه وقال ابن عبد الحكم لا باس ان ياخذ وان كان عليه دين ما لم يفلس
قال ابن المواز عن مالك في ميت اوصى لصغير بدنانير ولم يشهد على ذلك
الا الوصي فان خفي له دفع ذلك حتى لا يتبع به فليدفع ذلك دون السلطان
وذلك لو دفعه فلم يقبل السلطان شهادته ثم خفي له دفع ذلك فليدفعه

وقوله

العارية هي مشددة اليا ويقال العارة قال الجوهري وكانها منسوبة الى
الى العار لان طلبها عار وعيب انكر على الجوهري كونها منسوبة الى العار لانه
لو كان كذلك لقالوا يتعيرون لان العار عينه يا والعارية عند غيره ماخوذة
من المعاورة وهي الاخذ والاعطا يقال هم يتعاورون من جيرانهم الاواني
اي ياخذون ويعطون وقول المولف في تفسير حقيقتها العرفية تمليك منافع

العين بغير عوض قيل عليه انه غير مانع لدخول العمرى والحبس فيه فاما العمرى
فلا يبعد ان يقصد المولف الى دخولها لانها نوع من انواع العارية ومن اراد
حد ماهيته او رسمها فلا بد ان ياتي بما يشتمل على جميع انواعها واما الحبس فقد
يقال السوال عليه لازم بسببه وقد يقال ان الحبس غير المعقب راجع الى
العمري وقد قلنا انه نوع من العارية والمعقب منه ليس بتمليك منافع
في الحقيقة وانما هو اذن في الانتفاع خاصة وفي الفرق بين تمليك المنافع
وبين الاذن فيها كلام وبالجملة ان تمليك المنافع يستلزم خصوصية من ملكت
له والاذن في الانتفاع لا يستلزم ذلك فمن حبس على الخدام او قبيلة لا
يقال انه ملكهم المنافع وانما اذن لهم في التصرف فمن حضر منهم جاز له
الانتفاع بما اذن له معينا كان او غير معين ولو كان الحاضر معينا ثم
طرا من يشركه دخل معه في الانتفاع وقوله وهي مندوب اليها لما تقدم
رسمها احد يتحدث في حكمها وهو الندب بحسب المعير ولا شك انها من
فعل الخير فيندب ولها قوله تعالى وافعلوا الخير واختلف المفسرون في قوله
تعالى ويمنعون الماعون هل معناه ذم من منع عاريته مثل الفاس وشبهه او
هي في الزكاة او الى غير ذلك مما قيل في معنى الاية وخرج البخاري عن ايمن الحبشي
قال دخلت على عايشة وعليها درع قطر ثمن خمسة الدراهم فقالت ارفع
بصرك الى جاريتي انظر اليها فانها تزهى ان تلبسه في البيت وقد كان لي
منهن درع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كانت امراة تقين
بالمدينة الا ارسلت الي تستعيره وسياتي ان شاء الله تعالى حديث صفوان
وغيره وقوله المعير مالك المنفعة غير محجور عليه ه يعني انه يشترط
في المعير مجموع وصفين احدهما ان يكون مالكا للمنفعة باي انواع الملك كان
مالكا لرقبة تلك المنفعة او لا الثاني ان يكون فيه اهلية للتبرع على غيره
وهو مراد المولف من قوله غير محجور عليه فاذا حصل مجموع هذين الوصفين

كان ذلك سببا لان تصح العارية ممن ذكره في قوله فتصح من المستعير والمستاجر
ولذلك ادخل الفا المشعرة بالسببية على قوله تصح وقد منع بعض الايمة
عارية المستعير ولبعض شيوخ المذهب يكون الى ذلك فالان المستعير لم تحصل
له ملك المنفعة حقيقة وانما حصل له الاذن في التصرف على وجه ما وراى
ان الاذن في التصرف اعم من ملك المنفعة الذي هو شرط صحة العارية
والاعم لا يستلزم الاخص بعينه وفيه نظر فان قلت هل يتخرج خلاف
في المذهب في جواز عارية الثوب المستعار من الخلاف في جواز اجارته لمن
استاجره وذلك من اكترى دابة ليركبها اختلف قول مالك في كراهة
كرايها من غيره فهل يختلف في اعارته لها قلت التخريج صحيح وقوله
المستعير اهل للتبرع عليه يريد انه يشترط في المستعير ان يكون
اهلا لان يتبرع عليه بالمستعار بخصوصيته فقد يعرض مانع شرعي لبعض
الناس من التصرف في بعض الاعيان كما عرض في قوله فلا يعار ذمي مسلما
لان اذلال المسلم للكافر محرم وفي الاعارة له لاستلزامها ذلك وادخل
ايضا الفا السببية للوجه الذي قدمنا فوق هذا وفي معنى ذلك اعارة
الات الحرب في زمن الفتنة والمثل في هذا الوجه كثيرة ولا خفا ان قول
المولف هنا المستعير وقوله فوق هذا المعير انما يريد به من حصل له
وصف الاعارة او الاستعارة شرعا لا مطلقا ولذلك رفع قوله مالك
للمنفعة غير مجرور عليه على انهما خبران للمبتدا في الكلام الاول وصح رفع
قوله اهل للتبرع في الكلام الثاني على طريق الخبر ايضا وقوله المستعار
منفعة مع بقا العين يعني ان المستعار انما هو المنفعة لا الذات
كما تقدم في رسم العارية فاذا استلزم الانتفاع ذهاب العين خرجت
العارية عن حقيقتها وصارت حقيقة اخرى وهي القرض فان قلت
المستعار انما هو الذات للانتفاع بها قلت لا نسلم بل المستعار انما هو

منفعة

المنفعة ولكن ان امكن حصول الانتفاع مع بقا الذات كانت عارية
حقيقة والا كانت قرضا وهذا ظاهر رسم المولف حيث قال تمليك منافع
العين فان المملك في العواري انما هو المنافع لا الاعيان ولما فات هذا الوصف
من الاطعمة والدنانير والدراهم وشبهها من الفلوس قال المولف والاطعمة والنقود
قرض وكان هذا الكلام في قوة قوله والاطعمة والنقود قرض لا تصح فيها حقيقة
العارية وانما يتصور فيها حقيقة اخرى وهي القرض قال بعض الشيوخ وتصح
عاريتها لمن لا يتصرف فيها باتلاف اعيانها كالصيرفي يجعلها ظاهرة عنده
ليراها الناس فيظنون انه كثير المال ويرغبون في التصرف معه وشبه
ذلك وقوله وان تكون المنفعة مباحة لا يريد كونها مباحة
في جنسها فان ذلك شرط في صحة ملك المعير لها لا في صحة عاريتها لخصوصيتها
وانما يريد كون تلك المنفعة مباحة للمستعير ولهذا منعت عارية الجارية
لمن يستمتع بها خلافا لعطاء رضي الله تعالى عنه الذي اجاز ذلك وقد بالغ
اهل المذهب في المنع من ذلك حتى منعوا من قرض الجواري المودي الى عارية الفروج
على ما مر في محله ولهذا قال المولف فلا تستعار الامة للاستمتاع وقوله
ويكره ان تخدمها لغير المحرم والنسا والصبيان لما قدم ان من شرط
المستعار ان تكون منفعة مباحة واستخدام الاجنبية مباح من حيث الجملة
اشار هنا الى ما يعرض له فيخرجه الى الكراهة وهو ان استخدام الاجنبية
مود الى الخلوة بها والخلوة بالاجنبية منهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم
من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يخلون بامراة ليس بينه وبينها محرم ولاجل
ما عرض من الخلوة المحرمة منع من الاستخدام الذي هو قدر مشترك بين
العارية والاجارة فليس هذا مما تختص به العارية بخصوصيتها بل هو مانع
من العارية والاجارة معا وكذلك ما قدمه المولف في عارية النقود يدخل
مثله في اجارتها بل اشد وهو سلف جر منفعة ودل كلام المولف بالالتزام على انه

لا باس باستخدام الجاريه للمحرم والنسا والصبيان لانتفا المانع في ذلك وقوله
ولا يجوز استخدام احد الابوين بالعاريه وتكون المنافع لهما ه يعني ان الاب
المملوك والام المملوكه لا يجوز اعارتهما ولا اعاره احدهما من ولده لان الاستخدام
من توابع الملك فمن لا يجوز له التملك لا يجوز له الاستخدام هكذا قاله بعض الشيوخ
ولكنه لم يقتصر ذلك على الابوين بل كلامه ظاهر في تناول هذا الحكم في
القرابه التي تمنع من الملك فلا يجوز على هذا استخدام الابن والجد والولد
والحفيد ولا الاخ اخاه واستدل هذا الشيخ على ذلك بقول مالك فيمن عجل عتق عبده
على ان يخدمه شهرا ان الخدمه ساقطه قال مالك لانها بقيه رق بخلاف
ان يجعل عليه دراهم فان قلت هل تلحق الاجاره بالعاريه في هذا الحكم
قلت ذلك محتمل وقد قال في المدونه ولا باس ان يواجر الرجل امه واخته
او ذات محرم رحم على رضاع ولده وانظر ايضا لو كان الابوان غير مملوكين
الا انهما اجرا انفسهما من اجنبي فاعارهما ذلك الاجنبي من ولدهما في
مده الاجاره وقوله وتحصل بما يدل على معناها ه يعني ان العاريه
ليس لها صيغه تخصها بل كل ما يفهم منه معناها الذي هو تمليك المنافع
كاف في تحصيلها والاشاره من الاخرس تتنزل منزله الصيغه من غيره
وقوله فلو قال اعني بغلامك او ثورك يوما او اعينك بغلامي او ثوري
يوما فاجاره اجازه ابن القاسم وراه من الرفق ه يريد ان المعتمد عليه
انما هو المعاني اذا فهمها المتخاطبون ولا يلتفت الى الالفاظ لا في العاريه
ولا في الاجاره الا ترى انه لو قال احدهما لصاحبه اعني بغلامك او ثورك الكلام
الى اخره فان ابن القاسم حمل ذلك على المعنى وهو الاجاره لانهما قصدا الى المعاوضه
فيما تعاونا فيه ولم يحمل ذلك على ما دل اللفظ عليه من الاعاره مع انهما صرحا
بلفظ اعني الذي هو بعيد من الاجاره وينبغي ان يكون ما يقع التعاون .
فيه بينهما معلوما سوا كان من نوع واحد كالحصاد او من نوع غير كالحصاد

البنا وان يكون زمان العمل قريبا من عقد هذه الاجاره فلا يجوز اعني بعبدك
غدا على ان اعينك بعبدي بعد شهر لانه نقد في منافع معين يتاخر
قبضها فان قلت اذا اجريت هذه المسله من جميع وجوهها على حكم الاجاره
ومنعت من الغرر في العمل وفي زمنه فاين الرفق الذي ذكره المولف في قوله
وراه من الرفق قلت لعله في المتقدم من الغلامين وان هذا العقد جايز وان
لم يسميا ولا بينا كونهما اي الغلامين يكون عمله اولا وقوله الضمان ه لما
قدم الكلام على حقيقه العاريه وحكمها واركانها اخذ يتكلم على
عوارضها فبدا بالضمان واحكامه فقال ان كانت مما لا يغاب عليه لم يضمن
الا ان يظهر كذبه وان كانت مما يغاب عليه ضمن الا ببينه على تلفه وقال
اشهب ولو قامت ه يعني ان المستعير اذا لم يرد العاريه وقال انها تلفت
فلا يخلو ان تكون مما لا يغاب عليه كالحيوان فلا ضمان عليه ما لم يظهر كذبه
فيضمن او تكون مما يغاب عليه كالثياب فان لم يعلم هلاكها الا بقوله ضمنها وان علم
بالبينه وانه كان من غير سببه فقولان قال ابن القاسم بنفي الضمان ورواه
عن مالك وقاله عبد الملك واصبغ وقال اشهب باثباته ورواه عن مالك وقال الشافعي
العاريه مطلقا مضمونه وقال ابو حنيفه هي امانه غير مضمونه وذكر ابن
شعبان عن مالك ان المستعير لا يصدق في ذهاب ما لا يغاب عليه من العواري وقيل
لا يصدق فيما صغر من الحيوان لانه يخفى اذا غيب عليه وليس في الاحاديث الصحيحه
بيان لحكم الضمان صريحا وقد تجاذبت العلما الالفاظ الواقعه في الصحيح وقوي
ما فهمه مما وقع في غير الصحيح وروى ابو داود عن يعلى ابن اميه قال قال لي
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فادفع اليهم ثلاثين درعا
وثلاثين بعيرا فقلت يا رسول الله اعاريه مضمونه او عاريه موداه قال بل موداه
وروى النساي عن صفوان بن اميه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه .
ادراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد فقال بل عاريه مضمونه قال فضاع بعضها

فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يضمنها له قال انا اليوم يا رسول
الله في الاسلام ارغب قال عبد الحق وحديث صفوان اصح وخرج الدارقطني عن عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير
غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان وقبل عمرو بن شعيب في
هذا الاسناد رجلان ضعيفان والنفس اميل الى مذهب الشافعي لانه اسعد
بالحديث في هذه المسئلة فاذا فرعنا على المشهور من المذهب فقال اللخمي لا يضمن الدابة
ويضمن سرجها ولجامها ولا يضمن العبد ولا ما عليه من كسوة لان العبد حائز
لما عليه واللخمي وغيره من التفريع على المشهور كلام هو داخل في كلام المؤلف
حيث قال الا ان يظهر كذبه وقوله وما علم انه بغير سببه كالسوس في
الثوب يحلف انه ما اراد فسادا ويبرأ لا يبلغ حلفه على عدم ارادة الفساد
بل يزيد فيه وما ضيع وسوى بعضهم بين الفار وبين السوس في الحكم في الوجه
الذي ذكره المؤلف وساوي اللخمي بينهما في الضمان قال لان السوس لا يحدث الا عن
الغفلة عن اللباس والمعير يقول لو لبسه لم يتسوس وقرض الفار لا يحدث الا لامر
كان من اللابس يجعل فيه طعاما او غيره والحاصل ان الفار والسوس لا يعلم
كونهما من غير سببه وقوله ولو اشترط اسقاط الضمان فيما يضمن او اثباته
فيما لا يضمن ففي افادته قولان تصور كلامه ظاهر وجود القولين على
الوجه الذي ذكره المؤلف عزيز لكن في كتاب الرهن من المدونة وان استعرت من
رجل دابة على انها مضمونة عليك لم تضمنها وان رهنته بها رهنا فقبضها
منها
ربها والرهن فيها لا يجوز فان ضاع الرهن عنده ضمنه اذ لم ياخذه على الامانة
وذكر عقيبها هناك مسئلة الرهن التي بدلها الان وكان ابا بين عنده واحد
في هذا الحكم لاستوائهما في اصل الضمان فقال ومن ارتهن ما يغاب عليه وشرط
الا ضمان عليه فيه وانه مصدق لم ينفعه شرطه وضمن ان ادعى انه ضاع
وظاهر هذا يقتضي ان مذهبه في العارية والرهن عدم افادة هذا الشرط

وقال ابن حبيب

١

وقال ابن حبيب عن مطرف من استعار دابة او اكراها على انه ضامن لها فالشرط
ساقط ولا يضمن الا ان يكون ربها خاف عليها من امر يظهر مثل طريق مخوفة
من لصوص او غيرها فيضمن في مثل هذا بالشرط وان هلكت فيما خاف عليها
وان هلكت في غير ذلك لم يضمن وقال اصبغ لا ضمان عليه بكل حال قال ابن
حبيب وبقول مطرف اقول واختار اللخمي قول مطرف وذكر الخلاف في المسئلة
بنحو ما ذكر المؤلف الا انه لم يذكره كله نصا عن المذهب بل بعضه تخريج وذكر
عن ابن القاسم واشهب انه مصدق في تلف الثياب وشبهها والاقرب كان على
اصل ابن القاسم الذي بناه على التهمة في هذا الباب ان يعمل هذا الشرط
لان من حجة الراهن ان يقول لم اشترط الضمان على المرتهن الا لكونه عندي ممن
اصل
يتهم والاقرب على اشهب الذي جعل ضمان ما يغاب عليه ضمان اصالة الا ينفع
هذا الشرط وقوله واذا ادعى كسر الفاس او السيف باستعماله واحضره
لم يقبل الا ببينة وقيل يقبل القول الاول اشبه بمذهب سحنون والقول الثاني
قريب من مذهب ابن القاسم في المدونة الا انه شرط ان لم تكن بينة او يعرف اللقا
وانه كان معه والا ضمن وقال ابن القاسم في العتبية اذا استعار ثوبا او منشارا
او فاسا او غيره مما يغاب عليه فياتي به مكسورا يقول نابه ذلك فيما استعرته
انه ضامن ولا يصدق وقاله ابن وهب واشهب وهذا قريب مما حكاه المؤلف عن
القول الاول وقال عيسى لا يضمن اذا ذكر ما يشبه ويرى ان يصيبه ذلك في العمل
وذلك لا يخفى وقريب من هذا ذكر ابن حبيب في الفاس والسيف والصحفة وما يغاب
عليه قال وابن القاسم يضمنه وبقول مطرف اقول والاقرب قول عيسى ومن وافقه
لان المستعير قد فعل ما اذن له في فعله ولم يقم بها دليل على كذبه بل قام ما
يصدقه قال اللخمي واما الرحا يستعيرها ليطحن عليها فياتي بها وقد حفيت فلا
شي عليه قولا واحدا وقوله ولا يتعدى الماذون فيه فلا يزرع ما ضرره اكثر
يعني ان المعير اذا صرح بما استعاره له فلا يتعدى المستعير ذلك ودل كلام المؤلف

هو

ملا لمرام على ان المستعير ان يفعل ما ضرره مساو لما اذن له فيه ودل كلامه
اولا على ان المعتمد عليه انما يفهم من كلام المعير عاده وان خالف ظاهر
اللفظ وقد قال في المدونه ومن استعار دابه ليركبها حيث شا وهو بالفسطاط
فركبها الى الشام او الى افريقيه فان كان وجه عاريته الى مثل ذلك فلا شي عليه
والا ضمن قال والذي يسل رجلا ان يسرج له دابته ليركبها في حاجته فيقول له اركبها
اركبها حيث احببت فهذا يعلم الناس انه لم يسرجها له الى الشام ولا الى افريقيه
وكذلك اذا اعاره الارض ليزرعها حنطه فله ان يزرعها شعيرا لانه دون
الحنطه في الضرر وكذلك له ان يزرعها ما يكون ضرره مساويا لضرر الحنطه
واذا اعاره اياها ليزرعها شعيرا فليس له ان يزرعها حنطه وفي كتاب العاريه
من المدونه ايضا ومن استعار دابه ليحمل عليها حنطه فحمل عليها حجاره فكل ما
حمل ما هو اضر مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن وان كان مثله في الضرر
لم يضمن كحمله عدسا في مكان حنطه او كتانا او قطنا في مكان بز وظاهر هذا
انه اذا حمل عليها ما هو اضر فعطبت انه ضامن سوا كانت زياده مضرته مما يعطب
بسببها اولا الا ان الشيوخ فصلوا ذلك فقالوا ان كانت تلك الزياده لا يعطب
في مثلها فعطبت الدابه فليس لرب الدابه الا كرا الزياده فقط وان كان ذلك الحمل
مما يعطب في مثله فعطبت خير ربها في ان يضمنه قيمه الدابه يوم تعديه ولا
شي له غير ذلك وان احب ان ياخذ كرا فضل الضرر اخذه ولا شي له غيره ومعرفه
ذلك ظاهر وهو ان يقال كم يساوي كراوها فيما استعارها له فان كان ذلك
عشره قيل وكم يساوي قيمه كرايها فيما تعدى فيه فان قيل خمسه عشر خير رب
الدابه بين ان يضمنه قيمه الدابه او ياخذ الخمسه الزائده على العشره اما
ان كانت تلك الزياده فيما لا يعطب بمثلها فليس له الا الخمسه بلا تخيير وقوله
ولو اطلق فاستعمال مثلها ٥ يعني اذا استعار شيا ولم يبين الوجه الذي
استعاره من اجله فانه يتعين ذلك الوجه بمقتضى العاده كما تتعين المسافه

بالعاده

بالعاده وقد تقدم ان ظاهر اللفظ يترك الى مقتضى العاده في مسله اركبها
حيث احببت فحيث لا لفظ يمنع من اعمال مقتضى العاده اولى وكذلك اذا اختلف
المعير والمستعير فيما استعار له وذلك بعد فراغه من العمل فالقول قول
المعير ما لم يكذبه العاده قال في المدونه ولو استعار منه محملا عليه حمل
بر لم يصدق انه استعاره لذلك وان كان بعيرا صدق وسياتي الكلام على
اختلاف المعير والمستعير في بقيه احكام الفصل حيث تكلم عليه المولف
وقوله وهي لازمه ٥ يريد ان العاريه احد انواع الهبه فتلزم بالقول
كما تلزم الهبه بالقول ولا يكون للواهب رجوع فيها غير انه حكي في الهبه قول
شاذا انها لا تلزم بالقول وانكر بعض الشيوخ صحه نسبته الى المذهب فان
صح ذلك القول عن المذهب تخرج مثله في العاريه مع ما في بعض مسايل العاريه
مما يشبهه منصوصا عليه وما يذكره المولف من هذا المعنى بعد هذا
وقوله فان اجلها بمده او عمل لزمت الى انقضايه والا فالمعتاد في مثلها
لما تكلم على لزوم العاريه اخذ يتكلم في القدر اللازم منها باعتبار الامد فقال
ان كانت محدوده بامد او عمل كركوب الدابه الى بلد معين لزمت الى ذلك القدر
بمقتضى ما التزمه المعير نصا وان كانت غير محدوده بشي كما ذكر لمن اعار
عرصته لمن يبني فيها دارا او يغرس فيها بستانا فانه يلزم من الامد مقدار العاده
التي يعير مثلها المعير من ذلك المستعير وهذا اذا كان المستعير قد قبض
العرصه وحازها من المعير ويدل على اراده المولف هذا الشرط مقابلته
كلامه هذا بقوله عقيبه وفي اللزوم قبل القبض قولان فدل على ان كلامه
فيما قبل ذلك اذا قبض العاريه الا انه بقوله المولف بعد هذا من حكايه القول
الثاني ان للمعير اخراج المستعير في المده المعتاده ولو كان بعد القبض والاحسن
ان يلزم المعير انفاذ العاريه للمستعير في القدر الذي جرت العاده عليه
سوا قبضت او لم تقبض لانها كالهبه على ما قدمنا وهذا هو مذهب الشافعي ابي الحسن

ابن القصار وقوله وإذا انقضت مدة البناء أو الغرس فله دفع قيمته
مقلوعا بعد محاسبته بأجرة القلع وإخلاء الأرض أو يأمره بقلعه فإن لم
تكن له قيمة أخذه مجانا ه لا يريد بقوله مدة البناء هنا ما تقدم فوق هذا
حيث قال فإن أجلها بمدة أو عمل بل يريد ما هو أعم من تلك المدة فيدخل في ذلك
التحديد بالأجل والعادة وكذلك يلحق بما ذكر في هذا المعنى ما إذا أراد
المستعير من قبل نفسه أن يخرج ويدع الأرض لربها قبل انقضاء المدة فإن
رب الأرض لعرصة يكون مخيرا على المستعير بين أمرين أحدهما أن يدفع له
قيمة البناء مقلوعا قال ابن المواز بعد طرح أجر القلع قال غيره فيما يشبه هذا
ويطرح أيضا أجر الإخلاء وأنكر ابن سهل في كتابه كلام ابن المواز هذا وعقد
أن قيمة البناء مقلوعا تستلزم طرح أجر القلع فلا ينبغي أن تسقط مرة أخرى
وليس بالبين فإن تقويم البناء مقلوعا أعم من كل واحد من وجهين طرح أجر
القلع أو عدم طرحه والأعم لا يستلزم الأخص نعم إذا كان المستعير ممن
يتولى القلع بنفسه أو نجد من يفعل ذلك له مجانا لم ينبغ أن يطرح كذا أجر
القلع هكذا قال بعضهم وهو ظاهر والأمر الثاني مما يخير فيه المعير هو
أن يأمر المستعير بقلع بنايه وهذان الأمران حكاهما ذكر المؤلف مشروطان بأن
تكون للبناء أو الغرس قيمة بعد قلعهما فإن لم تكن لهما قيمة بعد القلع
كان للمعير التمسك بالبناء أو الغرس من غير دفع عوض وقوله وقيل للمعير
الإخراج في المدة المعتادة إذا أعطى ما أنفق وقيل قيمة ما أنفق ه هذا القول
هو لمذهب المدونة وهو مقابل لما ذكره المؤلف في صدر المسألة حيث قال
وإلا فالمعتاد في مثلها أي وفي لزوم المنفعة المعتادة التي لم تقيد العارية
فيها بأجل ولم تكن هي أيضا مقيدة بعمل كالسفر بالدابة إلى بلد معين قولان
أحدهما اللزوم مطلقا وهو الذي قدمه والثاني هذا القول الذي
حكاه المؤلف هنا وعلى هذا القول فلا يكون للمعير أن يخرج المستعير

مجانا و

مجانا ولا بقيمة البناء والغرس مقلوعا وإنما له ذلك بعد أن يدفع إليه ما أنفق
هكذا قال في المدونة وقال في موضع آخر قيمة ما أنفق وظاهر كلام المؤلف
أنه حمل ما في المدونة على قولين وهي طريقة غير واحد من الشيوخ ومنهم من
حمل أحد الكلامين على الآخر فقال بعضهم ما أنفق إذا اشترى المستعير
ذلك بسبب العارية ويعطيه قيمة ما أنفق إذا كان ما أنفقه في ملكه ولم
يشتره وقال بعضهم قيمة ما أنفق إذا كان إخراج المعير للمستعير بعد
طول لأن البناء قد تغير ويعطيه ما أنفق إذا كان إخراجه بالقرب وضعف هذا
القول من غير وجه وقال المغيرة وابن كنانة يدفع إليه قيمة بنائه قائما
وروي نحوه عن مالك وقد جمع بعض الشيوخ هذه المسألة مع مسألة عارية
الجدار لغرز الخشب وقال المحصل فيهما ستة أقوال أحدها قول مالك وابن
القاسم ليس للآذن أن يرجع إلا أن يحتاج الثاني قول مطرف وابن الماجشون
ليس له أن يرجع وإن احتاج الثالث مذهب المدونة له أن يرجع وإن لم
يحتج ويدفع إلى المأذون له ما أنفق أو قيمته الرابع قول أصبغ له أن يرجع إذا
مضى ما يعار إلى مثله الخامس قول أشهب وابن نافع الفرق بين ما تكلف فيه نفقة
وبين ما لم يتكلف فيه نفقة السادس قول سحنون الفرق بين غرز الخشب في
الجدار وبين الإذن في بناء العرصة قلت ينبغي أن تتأمل هذه الأقوال فبعضها
لا يشك في صحة مناقضته للقول الأول وبعضها يغلب على الظن أن يكون
قيدا للقول الأول فلا يعد مخالفا له وقوله وإذا تنازعا في العارية والإجارة
فالقول قول المالك إلا أن يكذبه العرف ه يعني إذا اختلف المالك والمنتفع بعد
انتفاعه فقال المالك لم آذن لك إلا بالعوض وقال المنتفع بل كان انتفاعي على
وجه العارية فالقول قول المالك ما لم يكذبه العرف ليس هو أن لا تكون عادة
المالك أن يجري ما جرى بسببه النزاع فيه بل مرادهم مع ذلك أن يكون يشرفه
يأبى الكراء من غيره ويأنف من مثل هذا هو معنى قول ابن القاسم وأشهب في

المدونه في حابر العاريه وحيث قبلنا قول المالك في انه لم ياذن الا بعوض فهل يكون
قوله مقبولا في مقدار ذلك العوض قال في باب الجعل والاجاره وان ادعى رب المتاع
ان الصانع عمله له باطلا وقال الصانع بل باجر صدق الصانع فيما يشبه من
الاجر والا رد الى اجر المثل وقال غيره يحلف الصانع وياخذ الاقل مما ادعى
له من اجر مثله وقال في باب كرا الدور ومن اسكنته دارك ثم سالته
الكرا فادعى انك اسكنته بغير كرا فالقول قولك فيما يشبه من الكرا مع يمينك
قال غيره على الساكن الاقل من دعواك ومن كرا المثل بعد ايمانهما ثم
لشارحي المدونه على كلام ابن القاسم وغيره في هذه المسله كلام يطول
فلنقتصر على هذا القدر وقوله وان اختلفا في النهايه فان لم يركب الى
الابعد فالقول قول المالك يريد اذا اتفق المالك والمستعير على العاريه الا انهما
اختلفا في غايه ما اعار اليه فادعى المستعير مسافه بعيده وقال المالك مسافه دونها
وكان احتلافهما قبل وصول المستعير الى الغايه التي ادعاها فالقول قول المالك مع يمينه
هكذا وجهوا عليه اليمين في هذه المسله وفي التي فوقها مع انهما من دعوى المعروف
وفي توجيههما في هذا الاصل خلاف ولا اشكل في رجحان جهه المعير هنا على جهه
المستعير لان المستعير يطلب اخراج شي عن ملكه بمجرد دعواه فاذا حلف
المعير على جهه دعواه خير المستعير بين الركوب الى الغايه التي حلف عليها
المعير او ترك العاريه قال بعضهم وانما يمكن من قبض الدابه اذا امن منه ان يذهب
بها الى الغايه التي ادعاها فان لم يومن منه ذلك فلا تسلم اليه الا ان يتوثق منه
وفي معنى ما ذكره المولف اختلافهما في مده العاريه وفي كلام المولف تسامح لانه
يدخل تحته ما اذا ركبها الى دون الغايه التي ادعاها المستعير وقد زاد على
الغايه التي اقر له بها المعير فيلزم ان يكون القول قول المعير ويحلف على جهه
ما ادعاه والمذهب انه لا يصدق الا فيما زاد على الغايه التي وصل المستعير اليها
خاصه لا فيما زاد على الغايه التي اقر بها مثاله ان يعيره دابه يركبها من مصر

فيختلفان

فيختلفان بقابس فيقول المعير انما اعرتها الى طرابلس ويقول المستعير انما
اعارتها الى تونس فلا يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه فيحلف المعير على جهه
ما ادعاه وياخذ الدابه ان كانت قايمه ويحلف المستعير ويسقط عنه ضمانها
ان كانت قد هلكت فيما بين طرابلس وتونس ثم هل يسقط عنه الكرا فيه في القدر الذي
زاده على طرابلس في ذلك كلام سياتي الان وقوله وان ركب اليه فقال ابن القاسم
القول قول المستعير وقال اشهب في طرح الضمان لا في نفي الكرا وياخذ ما بينهما بيمينه
ه يعني وان ركب المستعير الى المكان الذي ادعى ان المعير اعاره اليه وهو في المثال
السابق تونس ثم هلكت الدابه فاتفق ابن القاسم واشهب وغيرهما من اهل المذهب
ان القول قول المستعير في سقوط الضمان واختلفوا في الكرا فظاهر قول ابن القاسم
سقوطه وقال اشهب الكرا لازم للمستعير فيما بين المسافتين وهو قول سحنون وابن
حبيب يعنون ان المستعير يحلف ويسقط عنه الضمان ويحلف المعير وياخذ الكرا
وما ذكره المولف عن ابن القاسم هنا هو ظاهر قوله في باب العاريه من المدونه وفي
باب الجعل قال مالك من استاجر فسطاطا او بساطا او غرايرا وانيه الى مكه ذاهبا
وراجعا فان ادعى حين رجع ضياع هذه الاشيا في البداه صدق في الضياع
قال ابن القاسم ويلزمه الكرا كله الا ان ياتي ببينه على وقت الضياع قال وان كان
معه قوم في سفره فشهدوا انه اعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم حلف وسقط
عنه من يوم حصه باقي المده قال غيره هو مصدق في الضياع ولا يلزمه من
الاجر الا ما قال انه انتفع به وبهذا اخذ سحنون وقال في قول ابن القاسم هذه عرافيه
يصدقه في الضياع ويغرمه الكرا فيما لم ينتفع به فعورضت ها تان المسلتان وقول
كل واحد من ابن القاسم وسحنون المناقضه من احد المسلتين في الاخرى والمعارضه
ظاهره وفي تقريرها والاتيان بالجواب عن ذلك والاعتراض عليه طول مع شهرته فلذلك
تركناه وقوله وهذه بعينها برسول يوافق للمستعير او يخالفه ذلك يعني ان
حكم هذه المسله بعينها اذا انضم اليها رسول من المستعير الى المعير فاعاره الى

مسانه ثم اختلف المعير والمستعير مثل حكم هذه المسله اذا لم يكن فيها
رسول وسوا كان الرسول مصدقا للمستعير او مكذبا له او مكذبا للمعير والمستعير
معا وهذه الصوره نص عليها اشهب ولابن القاسم في المدونه ما يقرب منها على ما يأتي
قال اشهب من بعث رسولا الى رجل يعيره دابه الى برقه فاعاره فركبها المستعير
الى افريقيه فعطبت فقال المعير انما اعرتك الى فلسطين وقال الرسول بل الى برقه
فشهاده الرسول هاهنا لا تجوز للمستعير ولا عليه لانه انما يشهد على فعل
نفسه ويحلف المستعير انه ما استعارها الا الى برقه ويسقط عنه الضمان ويحلف
رب الدابه انه ما اعاره الا الى فلسطين ويكون له على المستعير فضل ما بين كرا
برقه على كرا فلسطين وقال ابن القاسم في المدونه من بعث رسولا الى رجل يعيره
دابه الى برقه فقال بيتك فلان ان تعيره الى فلسطين فاعاره فركبها المستعير
الى برقه ولا يدري فعطبت فان اقر الرسول بالكذب ضمنها وان قال بذلك امرني
والدابه المستعير فلا يكون الرسول شاهدا لانه خصم ومثل المسله هاهنا
في اكثر الروايات وزاد في كتاب محمد باثر هذا والمستعير ضامن الا ان ياتي
ببينه انه امره الى برقه فاوجبت هذه الزياده اشكالا على ابن القاسم لانه وافق
اشهب على سقوط الضمان في المسله السابقه وخالفه في هذه وعلى هذا لا
تكون هذه المسله موافقه للمسله السابقه في الحكم ثم لبعض الشيوخ كلام
في الفرق بين المسلتين ولغيره اعتراض على ذلك الفرق ولنا كلام على ذلك
الاعتراض تركناه ذلك خشيه الاطاله وقوله واذا ادعى ردها
فالقول قول المعير فيما لا يصدق المستعير في تلفه ٥ يعني اذا قال المستعير
رددت العاريه الى المعير وانكر ذلك المعير فالقول قول المعير فيما يغاب
عليه لانه هو الشي الذي لا يصدق المستعير في تلفه ويكون القول قول المستعير
فيما لا يغاب عليه لانه يصدق المستعير في ضياعه والحاصل ان دعوى
المستعير الرد كدعواه الضياع وكانهم عدوا تصديقه في دعوى الضياع

قرينه في تصديقه

قرينه في تصديقه في الرد لانه لو كان كاذبا في الرد لامكنه ان يفر الي دعوي الضياع
وقد علمت ان دعوي هذه القرينه ضعيفه في الرد بعد ما ترى انه قد لا يقبل قول
المودع في الرد مع انه يقبل في الضياع قال محمد فيما لا يقبل قول المستعير في رده
سوا قبضه ببينه او بغير بينه وخرج اللخمي قولا بقبول قول المستعير في ذلك
اذا قبض بغير بينه من قول عبد الملك في الصانع يدعي رد المصنوع الى ربه
وقد قبضه منه بغير بينه انه يقبل قوله في ذلك فكذلك المستعير وقوله
العصب قال الجوهري الغصب
اخذ الشي ظلما تقول منه وغصبه عليه بمعني والاغتصاب مثله والشي
غصب ومغصوب ٥ هذا تفسيره لغه واما تفسيره اصطلاحا فقال
المولف اخذ المال قهرا عدوانا من غير حرابه فقوله اخذ المال كالجنس لهذا
الرسم يدخل تحته الغصب وغيره كاخذ الانسان مال نفسه من تحت يد
المودع وغيره واخذ المشتري المبيع من يد بايعه واخذ البايع الثمن من
يد المشتري الى غير ذلك من الانواع الداخله تحت هذا الجنس وقوله قهرا
ليخرج به ما اخذ على سبيل الاختيار من دافعه وقوله عدوانا ليخرج به
ما يتناوله الانسان من ماله من يد المتعدي والغاصب اذا اخذ منهما الشي المغصوب
او المتعدى فيه وشبه ذلك وقوله من غير حرابه ليخرج به ما اخذه المحارب
فان الاوصاف السابقه تصدق على المحارب والحرابه غير الغصب من غير شك
لاختلاف احكامهما اجماعا من حيث الجمله قال في المدونه وليس كل غاصب محاربا
لان السلطان يغصب غلا بعد محاربا والمحارب القاطع للطريق او من دخل على
رجل بيته فكابره على ماله او كابره عليه في طريق بعصا او بسيف او بغير ذلك
الا ان ذكر القيود في الرسم بحرف السلب لا يحصل بها تمييز بل توجب الاجمال فانك
تشا ان تقول مثل ذلك في حد او رسم اذا سيلت عنه الا قلته فان قلت قد رسم
المولف الحرابه في محلها فانه يقول من عرف الحرابه التي رسمناها قلت يشترط عندهم

في التعريف انه لا يكون مفتقرا الى تعريف حقيقته اخرى وايضا فان تعريفه
للجابه لم يتقدم له حتى يحصل العلم به للناظر في هذا الموضع وانما عرف
الجابه فيما ياتي والاحاله انما تكون على ما تقدم العلم به لا على علم لم يحصل
الى الان فان قلت هل يكون هذا الرسم غير مانع لدخول الاختلاس فيه قلت
قد يمنع دخوله تحت هذا الرسم فان المختلس منه انما يعلم باخذ المال بعد اخذ
المختلس له فلا ينطبق عليه اول الرسم حيث قال المولف اخذ المال قهرا فان
القهر والاختيار انما يفرضان للعالم بما قهر عليه او بما اختاره ولشهرة حكم
الغصب وانه محرم بالاجماع حتى قيل انه مما اجمعت عليه الملل ترك المولف التعرض
لحكمه وهو من اخذ المال من غير حق وفي تحريم ذلك غير ما اية وحديث وقوله
ويوخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويودب ه يعني ان الغصب يتصور
من غير البالغ كما يتصور من البالغ لانطباق الرسم عليهما فاما مساواة المميز
غير البالغ للبالغ في اخذ المال منه فلا خلاف فيه لان الحقوق الماليه لا يشترط
فيها التكليف لانها من خطاب الوضع واما تاديبه على ذلك فهو ظاهر المذهب
والمنصوص للمتقدمين وادبه على ذلك استصلاح كما يودب غير ذلك وكما تودب
البهيمه فيما يحتاج اليه مالكها لا لانه مكلف واظن اني وقفت لبعض الشيوخ
على انه لا يودب غير البالغ على الغصب واستغنى المولف عن اثبات هذا الحكم
للبالغ لانه اذا كان هذا الحكم ثابتا لغير المكلف فلان يثبت في حق المكلف اولى
وقوله وكذلك ثمن ما افسده او كسره بخلاف ثمن ما يبيعه ه هذه المسله
عند اهل المذهب من باب التعدي لا من باب الغصب لكن المذهب التفريق بين حكميهما
من حيث الجمله وان كانا مستويين في هذا الموضع ومراد المولف بثمن ما
افسده المميز او كسره هو مطلق العوض من مثل او قيمه لان الاثمان من
عوارض المعاوضه وانما ذكر لفظه ثمن لتتم له المخالفه في ثمن ما يبيعه
لفظا كما تثبت له معنى وذلك انه اذا باع الصبي شيا من ماله وقبض ثمنه

واتلف ذلك

واتلف ذلك الثمن فلا يلزمه بيع ويقضى على المشتري برد المبيع ولا يلزم الصبي
من الثمن شي لانه خرج عن يد ربه لو على اختلاف ما افسده الصبي او كسره فان
ذلك من غير تسليط من مالكه نعم ان صون بذلك الثمن شيا من ماله لزمه
الاقل مما صونه او الثمن والمقابله التي ذكرها المولف بين ما افسده وكسره
ليست حقيقيه لان الافساد اعم من التكسير وقوله وفيها فيمن بعث يتيما
لابق فاخذه فباعه واتلف الثمن يرد العبد ولا عهده على اليتيم ه تصور
هذه المسله جلي فان قلت لاي شي اتى بها المولف هل على سبيل الاستشهاد على
رد الثمن فيما قدمه او لانه راه كالمخالف له من بعض الوجوه قلت الاقرب انه انما
اتى بها للوجه الثاني وذلك انا قدمنا في التفرقه بين ما افسده وبين ثمن ما
باعه ان ثمن ما باعه خرج من يد ربه بتسليطه عليه فلذلك لم يقض اليتيم وهاهنا
قد وضع اليتيم يده على الابق باذن ربه فكان ينبغي ان يقضى بيعه فيه ولكن
هذا سوال ضعيف ان اراده المولف لان قصارى امر اليتيم فيه ان يكون وكيلا
على حفظ الابق بعد اخذه والوكيل على الحفظ لا يلزم ما باعه من مال الموكل
وقوله واما غير المميز فقيل المال في ماله والدم على عاقلته وقيل المال هدر
كالمجنون وقيل كلاهما ه هذا الكلام مقابل لقوله قبل هذا ويوخذ بحق المغصوب
من مال المميز ويودب وجعل المولف مورد الخلاف في هذه المسله عدم
التمييز وهو حسن في الفقه غير ان الروايات لا تساعده وانما تعرضوا للتحديد
في هذه المسله بالسنين فقيل ابن سنتين وقيل سته [illegible] وقيل غير ذلك
ومراد المولف بما ذكره عن القول الاول في التفريق بين المال والدم ان الدم على
العاقله اي بشرطه وهو بلوغ ثلث الديه وهذا القول هو الاظهر لان
الضمان على ما قدمناه من باب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف وذلك لا
يشترط التمييز وفي القول الثالث الحق غير المميز من بني ادم بالعجماء والقول
الثاني ضعيف وان كان المولف اشار الى توجيهه من حيث انه شبهه بالمجنون وقوله

ويكون بالتفويت بالمباشرة او باثبات اليد العادية ٥ فاعل يكون او اسمها ضمير يرجع الى الضمان المفهوم من السياق كلام المولف فان قلت ما الحصر في المواضع الثلاثة من اي انواع البلاغة فلت هي ضبط السبب التي يكون الضمان بسبب التفويت وسبب التفويت اما المباشرة وهو سبب محسوس واما اثبات اليد العادية وهو محسوس باعتبار وضع اليد وحكمي باعتبار الاتلاف وعلى هذا فقوله او باثبات اليد معطوف على قوله بالمباشرة لا على قوله بالتفويت فان قلت هلا عطفته على قوله بالتفويت فان كلام المولف يحتمله قلت انما حملناه على المعنى الاول لانه الغالب من عادة المولف ان يجعل للحكم الواحد سببا واحدا او جزا او شرطا واحدا هكذا ولا يعدد الشروط والاسباب وعلى حمله على الوجه الاخر ويترجح على غيره بان هذين الوصفين كل واحد منهما سبب مستقل بنفسه لا يفتقر في كونه سببا الى غيره وقوله فالمباشرة كالقتل والاكل والاحراق ٥ هذا النوع متفق على كونه سببا للضمان وهو اتلاف ذات المغصوب بقتل الحيوان او اكل الطعام او حرق الثياب او غير ذلك من الاتلافات وقوله واثبات اليد العادية في المنقول بالنقل ٥ وهذا الوجه من وجهي اثبات اليد العادية ايضا سبب للضمان بالاتفاق وهو نقل ما يمكن نقله كالحيوان والثياب بنقلها الغاصب فتهلك تحت يده بامر من الله تعالى فلا خلاف انه يضمنها وقوله وفي العقار بالاستيلا وان لم يسكن ٥ هذا الوجه سبب لضمان العقار عند مالك والشافعي وليس من اسباب الضمان عند ابي حنيفة وابي يوسف وخالفهما محمد بن الحسن فقال بقول مالك والشافعي فالاولون يرون ان حقيقة الغصب انما هي وضع اليد على مال الغير عدوانا وسواء كان هناك نقل او لم يكن والاخرون يرون ان الغصب وضع اليد مع النقل او امكانه وهذا القيد متعذر في العقار فلا يضمن الا ان يفعل فيه الغاصب فعلا وعمده

اهل

اهل المذهب ومن وافقهم ان وضع اليد كما يثبت في حق بين الحجة حتى تقوم الشهادة على الملك ويقع الاختصاص لاجله فكذلك اليد اذا كانت بتعد كانت غصبا والمسلة مشهورة في علم الخلاف وقوله فلو غصب السكنى فانهدمت الدار لم يضمن الا قيمة السكنى ٥ معناه ان واضع اليد على مال غيره على سبيل العدا لا يكون بهذا القدر غاصبا لذات ذلك المال وانما يكون غاصبا للقدر الذي قصد الى وضع اليد عليه فان كان قصد الى وضع اليد على الذات ليملكها خصه اهل المذهب باسم الغاصب واعطوه حكمه وان قصد الى الانتفاع بتلك الذات ولم يقصد الى ملك رقبتها خصوه بالمتعدي واعطوه حكمه على ما علم في المذهب من الفرق بين المتعدي والغاصب وجعل المولف هذا الفرع مبنيا على هذه القاعدة ولذلك ادخل الفا المعطية للسبب على هذا الكلام وهو حسن لو طردوه ولكنهم قالوا في المتعدي على الدابة كالمكتري يزيد في المسافة او المستعير يزيد فيها ايضا انه يضمن الرقبة ان هلكت وان كان كل واحد منهما لم يقصد الى ملك الرقبة فان قلت المتعدي على الدابة ناقل لها والمتعدي على الدار غير ناقل لها قلت قد اسقط اهل المذهب وصف النقل في المغصوب عن درجة الاعتبار في ضمان الغاصب وهكذا ينبغي ان يكون في حكم ضمان المتعدي وقوله ويكفي الركوب في الدابة والجحد في الوديعة ٥ يعني انه يكفي في ضمان الغاصب او المتعدي ركوبه للدابة وجحده للوديعة فتهلك الدابة بعد ركوبها او بامر من الله تعالى وكذلك الوديعة ومسلة الركوب ظاهرة باعتبار الغصب فانه وضع اليد وحده ٥ وفي تعلق الضمان فكيف اذا صحبه الركوب واما التعدي فقد بيناه الان على ما فيه وقد تقدم الكلام على جحد الوديعة في محله من باب الوديعة وقوله والتسبب بالفعل المفضي لسبب اخر مثلهما ٥ يعني ان سبب السبب قائم مقام السبب في هذا الباب وذلك انه قد مر بيان سبب

الضمان وهو التفويت بالمباشرة واثبات اليد العادية وذكرها هنا ان
سبب احدهما من السببين يقوم مقام كل واحد منهما على البدل وعلى هذين
السببين يعود الضمير من قوله منهما وقوله فيجب الضمان على المكره
على اتلاف المال هذا الفرع وما بعده من نتيجة قوله والتسبب بالفعل
المقتضي لذلك الى بالفاء في اوله والراء من قوله المكره مكسورة على انه
اسم فاعل قال سحنون في عامل اكره رجلا على ان يدخل في بيت رجل فيخرج
منه متاعا ليدفعه اليه فاخرج له ما امره به ودفعه اليه ثم عزل العامل
وقام رب المتاع فله ان ياخذ بذلك من شاء منهما فان اخذه من المامور رجع
به المامور على العامل قال وان عزل الامير وغاب رب المتاع فقام المامور
على الامر ليغرمه ويقول انا اوخذ به اذا جاء صاحبه قال ذلك له ويعدى
عليه هذا ما حكاه ابن يونس قال ابن رشد في قوله يعدى عليه نظر والذي
يوجبه النظر ان يقضى له بتغريمه اياه ولا يبرا منه ويوقف لصاحبه وحكى
ابو محمد في النوادر عن ابن سحنون بعد كلام له مع المخالفين ما نصه فقد
افسدوا هذه العلة بقولهم معنا في المكره يوعد بقتل او قطع على ان
ياخذ مال فلان فيدفعه الى المكره انه في سعة من ذلك لانه كالمضطر
ويضمن الامر ولا ضمان على المامور وان ابى ان ياخذه حتى قتله كان عندنا
في سعة وقال سحنون في كتاب ابنه اذا اكره رجل على ان ياخذ مالا لرجل
فيرمي به في مهلكة يوعد بقتل او بسجن او قيد فاذن له في ذلك ربه من غير
اكراه فلا شيء عليه ولا على الذي اكرهه وان كان ربه مكرها على الاذن
فالمكره الفاعل ضامن وان كان عديما فالضمان على الذي اكرهه ثم لا رجوع
له على الفاعل بذلك اذا ايسر وفي المبسوط عن عبد الله ابن عبد الحكم
واصبغ انه لا شيء على المامور اذا كان قد اكره على ذلك وقوله وعلى
من حفر بيرا عدوانا فتردى فيها انسان او بهيمة لا يريد بقوله عدوانا

ان يحفرها

ان يحفرها في ملك غيره وانما يريد ان يحفرها في موضع يظن معه سقوط
الناس او البهائم عادة كالحافر في الطريق او في منزله للسارق وشبه ذلك
والمجرور يتعلق معطوف على المجرور السابق من حيث قال فيجب الضمان على المكره وقوله
فان رداه غيره فعلى المردي تغليبا للمباشرة يعني انه لما اجتمع
المتسبب والمباشر وجب اسناد الحكم الى احدهما وتعين ان يكون هو
المباشر لانا ان اسندنا الحكم اليهما معا لزم التسوية بين الراجح والمرجوح
وان لم نسنده اليهما لزم اهدار الدم مع وجود القاتل وان اسندناه الى
المتسبب وحده لزم تقديم المرجوح على الراجح فان قلت هلا اسندت
الحكم اليهما على الوجه الذي قدمته عن سحنون في مسئلة الاكراه بان
يضمن المباشر ويرجع على الامر او يرجع رب المال على من احب منهما لانه
يرجع عليهما معا قلت هذا السبب الذي هو الحفر اضعف من سبب الاكراه
على التلف قطعا ولما قوي السبب في مسئلة الاكراه جعل فاعله كالمباشر فاذا
اجتمع مع المباشر صارا كمباشرين وعلى هذا لو كان حافر البير قصد بحفرها
اهلاك رجل معين ودفع اخر ذلك الرجل لوجب تضمينهما معا ان كان
المدفوع عبدا وقتلهما ان كان حرا والله سبحانه اعلم وقوله ولو فتح
قفص طائر فطار او حل دابة فهربت او قيد عبد فابق ضمن هذه
اسباب ظاهرة مستلزمة لمسبباتها استلزاما يقينيا فلذلك رتب
عليها الضمان وقد نص على ذلك في المدونة الا انه شرط في مسئلة العبد
ان يكون قيد لخوف اباقه وهو شرط ظاهر ولو قيل لقصد النكال
بالقيد لم يجب على من حله منه ضمان ان هرب العبد قال المازري ولم
يختلف النقل عن ابي حنيفة والشافعي في انه اذا طار الطائر بعد تباطؤ
فان الفاتح لا يضمن وانما اضطرب النقل عنهما في طيرانه عقيب الفتح
من غير مهلة وقوله ولو فتح بابا على دواب فذهبت ضمن وقيل ان لم

يكن فيها اهلها ه القول الاول مذهب اشهب فشرط ان تكون الدواب
مسرحه في الدار غير مربوطه وهو مختار غير واحد من الشيوخ والقول
الثاني لابن القاسم في المدونه وشبهها بمسله السارق يدع الباب مفتوحا
واهل الدار فيها نيام او غير نيام فيذهب بعد ذلك من الدار شي انه لا
ضمان علي السارق وقوله ومن اتلف مغصوبا ضمن وان لم يعلم ه
لفظه مغصوبا بالغين المعجمه والبا الموحده وليست بالعين المهمله
والميم كما ضبطه بعضهم فان ذلك لا اشكال فيه والذي اراده المولف ان الاتلاف
علة في ضمان مال الغير سوا كان ذلك المال المتلف يعلم انه لله ومن هو ليس عن ماله
او لا ولذلك اكده بقوله وان لم يعلم اي لا يشترط في ضمان المتعدي العلم
بالتعدي بل لو اتلف مالا لنفسه فيما يظنه ثم تبين له انه اتلف مال غيره
لضمن وزاد المولف هذا تحقيقا بقوله ولو قدمه الغاصب لضيف
فاكله غيرعالم ضمن فاعل ضمنه ضمير يرجع الى الضيف ولا يريد المولف
انه لا يضمنه الا الضيف بل هذه هي مسله هبه الغاصب الشي
المغصوب وسياتي حكمها وقد تقدم ان احكام الاموال من خطاب
الوضع فلا يشترط في الضمان علم الغاصب ولا ارادته وقوله ولصاحبه
يري الغاصب ه سوا علمه ربه انه طعامه او لا لان ربه هو الذي
ابتدا اتلافه وقوله ولو اكره صاحبه يري ه يعني لو اكره صاحبه
مكرها على ذلك فلا ضمان على الغاصب لما قدمناه من ان ربه هو الذي
اتلفه مباشره الا انه مشكل من وجهين احدهما انا قد قدمنا عن سحنون
ما ظاهره في مسله الاكراه ان المغصوب منه يطلب المكره اولا فان اعدم
لم يرجع على المكره المباشر وعلى هذا التقدير لا يبعد ان يقوم رب
الطعام على الغاصب الذي اكرهه على الاكل لان المتسبب في مسله الاكراه
مقدم في الضمان على المباشر والوجه الثاني ان هذا الطعام قد لا يملكه

ربه لان باطله لانه ذو ثمن معتبر وشان ربه اكل ما هو دونه لضيق حاله
او لانه لم يعتاده امثاله فينبغي في مثل هذه الصوره ان يضمنه الغاصب لربه
ويسقط عنه من قيمته القدر الذي انتفع به ربه ان لو كان من الطعام الذي
شانه اكله وقوله ويكون لغيبه ومنفعه ه يعني ان الغصب يكون
للذات وهي مراده بقوله لعين ويكون لمنفعه تلك الذات وقوله فالعين
مثلي ومقوم تقسيم للمضمون من الاعيان الى مثلي اي يضمن مثله والى مقوم
تضمن قيمته وهو مذهب فقها الامصار وذهب العنبري الى ان المضمونات
كلها تضمن بالمثل لا بالقيمه وحكاه ابو عمر عن الشافعي وابي حنيفه وداود
وحكاه الباجي عن الشافعي وابي حنيفه قال وروي عن مالك مثل قول ابي حنيفه
والشافعي والاول هو الصحيح والمشهور عنه قال المازري هكذا وجدناه في
نسخ من المنتقى ولعله وهم منه او من الرواه الذين ذكروا ذلك عنه واحتج
الجمهور بقوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شركا له في عبد قوم عليه
نصيب شريكه قيمة لا وكس فيها ولا شطط وحجه الاخرين ما رواه ابو داود
قالت عايشه رضي الله عنها ما رايت صانعا مثل صفيه صنعت لرسول الله صلى
الله عليه وسلم طعاما فبعثت به فاخذني افكل فكسرت الانا فقلت يا رسول
الله ما كفاره ما صنعت فقال انا مثل انا وطعام مثل طعام وفي روايه قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم غارت امكم كلوا وحبس الرسول والقصعه
حتى فرغوا فدفع القصعه الصحيحه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وحبس المكسوره في بيته ولكل من الفريقين تاويل على ما تمسك به صاحبه
وذكر ذلك ما فيه بطول وقوله فذوات الامثال من المكيل والموزون والمعدود
وجميع الاطعمه تضمن اذا اتلفت بمثلها ه يريد بالمعدود الذي يتفق مقاديره
عاده ويباع عددا كالجوز والكوز والجلود وعطفه الاطعمه على ما قبلها
من عطف الخاص على العام فان الاطعمه ان تكن مكيله ولا موزونه ولا معدوده على

الصفه التي ذكرناها لم نقض بالمثل وانما نقض بالقيمه وظاهر قوله اذا
تلفت ان التلف شرط في الضمان وليس كذلك فان الضمان قد يكون بما دون
تلف العين بل يكفي فيه بعض انواع التغيير على ما سياتي بيانه ان شا الله
وقوله فان فقد المثل صبر حتى يوجد عند ابن القاسم وله طلب القيمه
الان عند اشهب يعني اذا كان المغصوب من ذوات الامثال وتعذر وجود
مثله في الحال ولم يوايس من وجوده لكن يوجد بعد طول فان اختار ربه
الصبر الى ان يوجد مثله فله ذلك وان اراد تعجيل القيمة فله ذلك عند
اشهب وليس له ذلك عند ابن القاسم قال ابن عبدوس اختلفا في هذا كما
اختلفا في الذي يسلم في الفاكهه فيفرغ ابانها وقد بقي له منها فقال الصبر
حتى ياتي بالطعام من بلد اخر كالصبر حتى ياتي ابان الثمره الى عام قابل
فسوى ابن القاسم بينهما في لزوم الصبر حتى يوتى بالطعام وحتى ياتي
قابل في الفاكهه وقال اشهب يرد اليه راس المال في السلم ولا يجوز ان
يوخره وقال في الطعام ياخذ فيه قيمة الطعام ان شا وان شا اخره حتى
ياتي بالمثل قال فهذا فسخ الدين على اصله فلا يجوز ان يوخره بالطعام اذا
كان له اخذه بالقيمه وانما ينظر فان كان الموضع يوجد فيه مثل الطعام
على يوم او يومين او ثلاثه والامد القريب فليس له الا مثل الطعام حتى
ياتيه به وان كان بعيدا ما على الطالب في تاخيره ضررا كان استهلكه
في لجج البحر او فيافي بعيده من العمران فهذا يغرم قيمته حين استهلكه
ياخذه بها حيث لقيه وعلى ان يجادع اشهب فيما اشار اليه ابن عبدوس
من مناقضته بان يقال اصل السوال مبني على تهمه المغصوب منه والمسلم
بان يختارا شيا ما وينتقلا الى غيره والتهم تقوى في عقود البيع وما
يول البيع اليه لان ذلك ابتدا وانها وقع باختيار المتبايعين وتضعف
التهم في مسايل الغصب لانه يقع بغير اختيار المغصوب منه ويبعد

ان يتوسل

ان يتوسل بما فعله الى صوره يول الامر اليه من فسخ الدين في الدين وشبه ذلك
وقوله فان وجده في غير مكانه وهو معه بعينه فقال ابن القاسم لا يلزمه
الا مثله في مكان الغصب وقال اشهب له اخذه او اخذ مثله في مكان الغصب قال
سحنون ما اعرف هذا وقال اصبغ في البعيد كابن القاسم وفي القريب كاشهب
يعني فان وجد رب المثلي الغاصب بغير بلد الغصب والمثلي معه بعينه ونقود
كلام ابن القاسم واشهب واصبغ ظاهر ولاشهب قول اخر مثل قول ابن القاسم
وسحنون موافق لابن القاسم قال سحنون انما له اخذه بموضع الغصب وقال لا
اعرف هذا اي قول اشهب من قول الرواه والاقرب ان مذهب اشهب لانه لا يسقط
حق رب الطعام من عين ذلك الطعام لعوض له فيه فان اسقط حقه في عينه
فان له اخذ مثله في موضع الغصب اذ هو احق على الغاصب قال ابن القاسم ولو
اتفقا على ان ياخذه بعينه او مثله بموضع نقله او ياخذ فيه ثمنا جاز بمنزله
بيع الطعام القرض قبل قبضه وقاله اصبغ وحكى بعضهم عن مالك انه منع
من ان ياخذ طعاما حلالا والطعام المنقول ولو بقي الطعام بموضع الغصب
وسافر الغاصب الى بلد اخر فلقيه رب الطعام في هذا البلد فابن القاسم
يرى الا يقضى عليه حيث هو بالطعام وانما يقضى عليه بان يدفع الطعام
او مثله بالبلد الذي غصبه فيه وان كان في ذلك تاخير اصاحب الطعام
عن حقه واستيفايه ويرى اشهب اذا بعد ما بين البلدين ان يقضي لصاحب
الطعام بقيمته بالبلد الذي غصبه فيه ياخذها حيث لقيه او يقضي
للطالب بمثل طعامه اذا كان سعر الطعام بالبلد الذي تلاقيا فيه وبالبلد
الذي غصب الطعام فيه سوا او كان حيث تلاقيا ارخص يقضى بهذا التخيير
لصاحب الطعام وقوله ولا حلال وان الغاصب سيبيع حتى يتوثق منه
لا شك ان الضمير المجرور اولا عايد على الطعام وشبهه من المثلي وان
الضمير المجرور ثانيا عايد على الغاصب الذي حكاه المولف هنا هو قول اصبغ

وتجد في كتاب محمد واشار بعض الشيوخ الى نفي الخلاف في ذلك كما صرح به المولف وهو
صحيح في النظر غير انه لا يبعد وجود الخلاف وما يدل عليه من فروعهم واظن
اني وقفت على ما يقتضي ذلك ولو اراد المغصوب منه ان يكلف الغاصب رد المغصوب
الى موضع الغصب لم يكن له ذلك في المشهور من المذهب وقال المغيرة في المجموعة
فيمن غصب خشبة من عدن واوصلها الى جدة وانفق على ذلك مائة دينار ان لربها
ان يكلفه ردها وله ان ياخذها بعينها قال ولو كان نقلها بوجه شبهة وقيمتها
حيث وصلت اكثر من قيمتها في المكان الذي منه نقلت فاراد ربها اخذها
حلف ان يدفع الى حاملها الاقل من كرائها او ما زاد في قيمتها وذكر ابن حبيب فيمن
استوجر على حمل شيء يحمله الى بلد اخر فحمل غيره خطا ان لصاحبه تضمين الحامل
او اخذه ما نقله او يودي الكرا عند ابن القاسم ولا يلزمه عند اشهب ولا يجبر
الحمال على اعادته الى المكان الذي نقله منه وقوله فان تلف حليا فقيمته
وقيل مثله ٥ القول الاول هو قول ابن القاسم في كتاب الغصب من المدونة وهو
اصله في المثلي اذا دخلته صنعة انه يعود بسبب تلك الصنعة من ذوات القيم
كما قال في الغزل واصل غيره ان الصنعة لا تنقله عن حكم الاصل بل يبقى على حكم
ذوات الامثال كما قاله ايضا في الغزل وقوله فلو كسره اخذه وقيمة الصياغة
٥ هذا قول ابن القاسم في كتاب الغصب من المدونة قال لانه انما افسد له صنعة
وفي كتاب الرهن منها وكان ابن القاسم يقول اذا كسر الخلخالين فانما عليه ما نقص
الصياغة ثم رجع الى ان يغرم قيمتها ويكونان له فانظر هل القول الاول
من هذين القولين موافق لما حكاه المولف ويريد به ما يعطيه ظاهر كلامه
وهو ما نقصه فساد الصياغة من قيمة الجميع مصوغا فيكون في المدونة
ثلاثة اقوال وذكر ابن المواز عن اشهب ان عليه ان يصوغها له قال ابن المواز
وهو احب الي من قيمتها وما نقصها قال وقد قاله مالك فيهما وفي الجدار [illegible]
فان لم يقدر ان يصوغهما فعليه ما نقصا بين قيمتيهما مصوغين ومهشمين

ولا ابالي

ولا ابالي فيه ما ذهب اليه [illegible] وقال في المدونة في استهلاك سوارين من ذهب عليه
قيمتهما مصوغين من الدراهم وله ان يوخره بتلك القيمة قال وكذلك من
غصب لرجل ثوبا فحكم عليه بقيمته فلا باس ان يوخره بها ولتتميم ما قيل في الجدار
يهدم وان لم يكن من هذا الفصل ففي كتاب ابن المواز من غصب دارا فهدمها ثم
استحقها رجل فان شا اخذ منه قيمتها يوم الغصب وان شا اخذ العرصة
والنقض على الا يتبع الغاصب بشي ولو هدمها ثم بناها بنقضها بعينه ما عادها
كما كانت فللغاصب قيمة هذا النقض المبني منقوضا اليوم وعليه قيمته
منقوضا يوم هدم فيتقاصان هذا مذهب اشهب ومالك وهو احب الي وقال
ابن القاسم يحسب على الهادم قيمة ما هدم قائما ويحسب له قيمة ما بنى منقوضا
وهذا الذي ذكره ابن المواز هنا هو جار على الاصل لانه حكم بالقيمة في
ذوات القيم ولعل هذا القول هو القول الشاذ الذي حكاه الباجي عن المذهب
فيما تقدم وقوله ولو اعاده على حاله اخذه بغير عوض وقيل بقيمته ٥
القول الاول جار على مذهب اشهب الذي يقول عليه اعادته مصوغا كما كان
والقول منصوص عليه في كتاب ابن المواز وهو جار على قول ابن القاسم من قال
يلزمه في افساد المصوغ قيمته واما الجاري على قول من يقول قيمة الصياغة
فمشكل ويمكن ان يقال هو القول الاول لانا انما حكمنا بقيمة الصياغة
قبل ان تفعل واما بعد ان فعلت فالقضا بها اولى من القضا بقيمتها
ولا سيما وثم قول مشهور ان الصنعة في المثلي لا تخرجه عن اصله بل يبقى
على حكمه من ذوات الامثال وقوله وعلى غيرها فقيمته ٥ يعني ولو رده
الغاصب على غير الحال التي كان عليها فيلزمه القيمة وهذا بين على القول
بان في اتلاف المصوغ قيمته لا مثله واما على قول من قال الواجب في ذلك هو
المثل فلا شك في لزومه هنا وهذا كله ظاهر اذا رده الغاصب على حال
بعيدة من الحال الاولى فان رده على حال تقرب من الاولى ولكن ليست مثلها فينبغي

ان يحبر في اخذه علي حاله او اخذ قيمته وقوله ولو اشتراه عن عالم بغصبه
ونكسره ورده علي حاله لم ياخذه ربه الا بقيمة صياغته لانه لم يتعد
ه يعني ان المشترى لو كان عالما بان البايع غاصب ثم اشترى منه فان حكمه
مخالف لهذا وهو ذلك فان حكمه حينيذ يكون حكم الغاصب سوا وقد سبق
وما قاله المولف من ان ربه لا ياخذه من يد المشتري الا بعد غرم قيمة للصياغة بعينه
فهو ما على ان المشتري لا شي عليه في الاتلاف وهو المنصوص في هذا الفرع
وفي الدار يهدمها والشاة يذبحها والثوب يقطعه والعصا يكسرها
وشبه ذلك وهو مشكل واصل المذهب ان كل ما اتلفه المشتري متعمدا
فانه يضمنه سوا انتفع او لم ينتفع وما تلف بامر من الله تعالى فلا شي
عليه فيه وما اتلفه خطا فقولان اشهرهما انه يضمن فقول المولف في
توجيهه هذا الفرع لانه لم يتعد لا يكفي والله سبحانه اعلم وهذا الفرع محتمل
لوجوه كثيرة تركناها اختصارا وقوله ولو طحن القمح فمثله وقال اشهب
وله اخذه بغير غرم ه يريد لو طحن الغاصب القمح الذي غصبه لم يكن لربه
الا مثله وليس له اخذ دقيق ذلك القمح لا بعوض عن طحنه ولا بغير عوض
هذا مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها وقال اشهب هو مخير بين ان
يضمنه مثل ذلك القمح ويدع له الدقيق وبين ان ياخذ دقيقه بغير عوض
هكذا فهم بعض الشيوخ قول اشهب وانه يوافق لابن القاسم على تضمين
مثل القمح وهو الذي يدل عليه اللفظ من قول المولف وله اخذه فانها
تستدعي تقدم معطوف عليه يكون للمغصوب منه الخيار بينه وبين
المعطوف عليه والقولان معا ملك والنفس اسكن لما قاله اشهب ولذلك لم
يجزم ابن القاسم في كتاب الغصب من المدونة بلزوم مثل القمح ولا بد فقال
ومن غصب حنطة فطحنها دقيقا فاحب ما فيه الي ان يضمن مثل الحنطة
وقال في كتاب القطع ولو طحنها سويقا ولته ثم قطع ولا مال له غيره

فابي رب الحنطة من اخذ السويق فليبع ويشترى له من ثمنه مثل حنطته
وظاهره ان لرب الحنطة اخذ السويق جبرا بعد لتاته ولكنه لفظ
اختصر عليه المدونة بعض الشيوخ والصواب خلافه على نحو ما وقع في
الاصل وهو فقال رب الحنطة انا اخذ السويق فهو مثل ما وصفنا يباع
السويق ويشترى له من ثمنه مثل حنطته وهو الذي نص عليه ابن القاسم
واشهب في كتاب محمد ان ليس لرب الحنطة اخذ السويق ولكن يباع ويشترى
له به مثل حنطته وما فضل للسارق وما عجز فلا يتبع لعدمه قال
بعض الشيوخ ويجوز لرب القمح اخذ السويق ملتوتا عوضا عن الحنطة
اذا رضيا لجواز بيع الحنطة بالسويق متفاضلا ولو غصبه سويقا فانما
عليه مثله ولا يجوز ان يتراضيا باخذه ويعطيه ما لته به للتفاضل بين
الطعامين من نوع واحد وقوله ولو استهلك غزلا فقيمته وقيل مثله
ه القول الاول لابن القاسم والقول الثاني لغيره وهما معا في كتاب تضمين الصناع
من المدونة وقد تقدمت الاشارة الى وجه كل واحد منهما وقوله والمقوم
كالحيوان والرقيق والعروض يتلف بافة سماوية يضمن قيمتها يوم الغصب وقال
الا لزوم من الغصب الى التلف ه لما انقضى كلامه في المثلي اخذ يتكلم في المقوم
وهو ما عدا المثلي الذي تقدم فيدخل في ذلك الحيوان والرقيق والعروض
والمثلي الجزاف فان ذلك كله يضمن بالقيمة على ما قدمناه ولو طلب المغصوب منه
في الجزاف ان يقضى له بكيله او وزن يحقق ان الجزاف المستهلك لا ينقص عنها ففي ذلك
قولان احدهما تمكينه من ذلك لان الاصل القضا فيه بالمثل وانما عدل عن ذلك الى القيمة
لامتناع الاطلاع علي حقيقة المماثلة في المكيل والموزون فاذا طلب ما هو اقل من حقه
لم يمنع من ذلك والقول الثاني انه لا يمكن من ذلك لان نفس الاستهلاك اوجب القيمة
فليس للمغصوب منه تغيير هذا الحكم ولو استهلك طعاما في ايام الشدة والغلا
الطعام ثم حكم عليه في رخا ذلك الطعام ففيه قولان المشهور انه لا يتغير الحكم ويقضي

بالمثل والقول الاخر انه يقضي عليه بقيمته حين غصبه في ايام غلايه ثم اذا
تلف المغصوب بامر من الله تعالى وهو مقوم فالمشهور ان القيمة في ذلك يوم الغصب
ووضع اليد لانه سبب الضمان فوجب اضافة الحكم اليه والشاذ انه يضمن اعلا
القيم لان كل غاصب يا لمغصوب ان يرجع عنه حكم الغدا في زمن وياخذه به في
زمن اخر وهذا هو قول اشهب وعبد الملك وابن وهب فيما حكاه ابن شعبان عنهم وهو
اقرب في النظر وفي كلام المولف حذف مضاف في موضعين في قوله من الغصب الى التلف اي
من يوم الغصب الى يوم التلف وقوله فان اتلفه اجنبي خير ربه بين القيمة من
الجاني يوم الجناية وبين ما على الغاصب منه بخلاف الغاصب على المشهور ه يعني
فان اتلف اجنبي الشي المغصوب وهو مقوم فان ربه بالخيار بين ان ياخذ قيمته
من الجاني يوم الجناية وبين ان ياخذ القيمة من الغاصب يوم الغصب على المشهور
من القولين في المسلة السابقة او اكثر القيم على مذهب اشهب وعبد الملك وابن
وهب والى هذا اشار المولف بقوله وبين ما على الغاصب منه لان الذي على الغاصب
منه هو الذي تقدم من القولين في المسلة السابقة واما قوله بخلاف الغاصب
على المشهور فمعناه بخلاف اتلاف الغاصب له فان الغاصب اذا اتلف المغصوب
ففي ذلك خلاف المشهور منهما وهو مذهب ابن القاسم في المدونة انه ليس على
الغاصب الا القيمة يوم الغصب ولا يلتفت الى القيمة يوم القتل والاتلاف
وقال سحنون ان القتل فعل ثان يستبد بذلك الى انه اذا كانت القيمة يوم القتل اكثر
منها يوم الغصب فللمغصوب منه اخذ الغاصب بذلك لانه متعد بالقتل
كالاجنبي وهذا ظاهر الا ان ابن القاسم لم يعتبر تعدد الاسباب في الضمان
اذا كانت من فاعل واحد واقتصر على السبب الاول منها ثم رجع سحنون الى
قول ابن القاسم ولابن القاسم ايضا قول اخر مثل قول سحنون الاول وسياتي بقية
الكلام على هذا المعنى حيث يشير اليه المولف وقوله ثم يتبع الغاصب
الجاني بجميع القيمة ه يعني فان اختار المغصوب منه تغريم الغاصب وترك

طلب

طلب الجاني فاخذ القيمة من الغاصب كان للغاصب ان يطلب الجاني بقيمة المغصوب
يوم الجناية اذا كانت القيمتان متساويتين فان لم تكونا متساويتين فهو ما يذكره
المولف بعدها فان قلت لم قيدت كلام المولف بالتساوي قلت لانه قابل هذا
الكلام بما بعده والذي بعده مختلف القيم فوجب حمل مقابله على التساوي
وقوله فان كان ما اخذه ربه اقل مما له على الاخر فثالثها المشهور ياخذ
الزايد من الغاصب لا من الجاني ه يعني فان اخذ رب المغصوب اقل القيمتين اما
من الغاصب واما من الجاني فهل له ان يرجع على الاخر الذي لم ياخذ منه القيمة
فيتبعه بتمام اكثر القيمتين في ذلك ثلاثة اقوال احدها انه يرجع بذلك
على من وجب له عليه الاكثر ايهما كان والثاني انه لا يرجع بذلك على واحد
منهما والثالث انه ان اخذ اقل القيمتين من الجاني رجع بالزايد على الغاصب وان
اخذ الاقل من الغاصب لم يرجع بالزايد على الجاني والقول بالرجوع مطلقا هو
ظاهر قول اشهب فيما حكاه عنه ابن المواز ومقابله هو ظاهر كلام سحنون وان لم
يصرح به وانما ذكر ان رب المغصوب اذا اخذ القيمة من الجاني وهي اقل لم يرجع
بتمامها على الغاصب والقول الثالث هو مذهب ابن المواز وتاوله بعضهم على ابن
القاسم قال ابن المواز لان للمغصوب منه ان يقول انما اخذت من القاتل ما يجب عليه
للغاصب ولي على الغاصب اكثر منه فصار كغريم غريمي والزم على هذا بعض
القرويين ان لو كان للغاصب غرما لم يكن هذا احق بما اخذ من الغرما لانه
انما ياخذ ذلك عن الغاصب من غريم الغاصب فهو اسوة الغرما الغاصب الا ان يريد
رفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه ببقية القيمة ويكون اولى بما اخذ من الجاني
من غرما الغاصب وقوله وعن ابن القاسم فيمن سام سلعة فاعطاه غير
واحد فيها ثمنا فتلفت يضمن بما اعطي فيها وقال سحنون القيمة ه ما حكاه المولف
عن ابن القاسم هي رواية عن مالك في العتبية وذلك اذا كان عطا قد تواطا عليه
الناس ولو شا ان يبيع باع وقال عيسى يضمن الاكثر من الثمن او القيمة قال ابن رشد

قول عيسى مفسر لقول مالك لما هو منصوص عليه قال فليس في المسله الا قولان

قلت قد حمل غيره هذه الاقوال على ظاهرها ولم يجعل قول عيسى مفسرا لقول مالك

وقوله فان وجده في غير مكانه فثالثها لابن القاسم ان كان حيوانا فليس له الا

الا اخذه وفي غيره يخير بينه وبين قيمته بموضع الغصب فقد تقدم حكم نقل

المغصوب المثلي وهذا حكم نقل المقوم وكلام المولف يعطي ان القول الاول

ليس لربه الا اخذ عينه وهذا قول سحنون والقول الثاني وهو قول اشهب ان ربه

يكون مخيرا بين اخذ عين شيه او اخذ قيمته لان القول الاول هو الجزء الاول

من القول الثالث والقول الثاني هو الجزء الثاني من القول الثالث على عادته في

ترتيب الاقوال وتصور القول الثالث ظاهر الا ان المولف نسبه لابن القاسم

وانما هو روايه سحنون عن ابن القاسم عن مالك في المجموعه والذي حكاه بعض

الشيوخ عن ابن القاسم ان نقل الحيوان والعروض والطعام فوت وخير له

قيمه الحيوان والعروض ياخذه بها حيث لقيه ومثل الطعام ببلد الغصب وعلى هذا المولف

في نقل المغصوب المقوم اربعه اقوال في المجموعه بعد ان حكى القول الثالث

ومعنى هذا في الرقيق والدواب الذين لا يحتاج الى الكرا عليهم قال بعضهم وعلى هذا

لو احتاج الى الكرا لكان حكمهم حكم السلع وصوب ابن المواز قول اشهب وقيده

بالبلد البعيد عن محل الغصب وهو الاظهر عندي للضرر الداخل على المغصوب

باخراج ملكه عنه او لزومه نقله الى بلد اخر فيخير في احد الامرين عليه

وقوله فلو وجد الغاصب خاصه فله تضمينه يعني فلو لقي المغصوب منه

الغاصب في غير بلد الغصب وليس معه الشي المغصوب فله تضمينه القيمه لتعذر

اخذه عين شيه في الحال وله الصبر الى البلد لكن يكلف الغاصب الخروج مع

المغصوب منه او مع وكيله ليقبض منه المغصوب وقوله ولو رجع

بالدابه من سفر بعيد بحالها لم يلزمه سواها عند ابن القاسم بخلاف تعدي

المكتري والمستعير وفي الجميع قولان يشير لمسله المدونه التي يذكرها المولف

بعد هذا

بعد هذا ويعني ولو سافر الغاصب بالدابه سفرا بعيدا ثم ردها وهي على حالها

لم تتغير لم يكن على الغاصب شي سوا رد الدابه الى يد ربها وهو مراده بقوله

سواها بخلاف المكتري والمستعير يزيدان في المسافه زياده بعيده ثم

يردان الدابه على حالها فلربها اخذ الدابه وله تركها واخذ القيمه من المتعدي

ثم قال المولف وفي الجميع قولان يعني قول ابن عبد الحكم وقول ابن القاسم احد القولين ليس

لربها الا الدابه في الغصب والتعدي معا وليس له تضمين القيمه والقول

الثاني هو مخير في الجميع بين اخذ الدابه واخذ قيمتها واعلم ان وصف المولف

هذا السفر بكونه بعيدا يفيد فايدتين احداهما بحسب مفهوم الموافقه

في الغاصب والثانيه بحسب مفهوم المخالفه في المتعدي وذلك ان ابن القاسم

اذا قال في الغاصب برد الدابه بحالها بعد ان سافر عليها سفرا بعيدا

ليس لربها الا اخذها فاحرى الا يكون لربها الا ذلك في السفر القريب واذا

قال في المتعدي على الدابه في السفر البعيد يكون ربها مخيرا فلا يلزمه ان

يقول ذلك في السفر القريب وذلك هو منصوص له اذا ردها بحالها على

نحو ما اشار اليه المولف ثم هذا الحصر الذي اعطاه كلام المولف حيث قال لم

يلزمه سواها يحتمل ان يبقى على ظاهره فلا يكون على الغاصب كرا في سفره على

الدابه ويحتمل ان يريد به نفي قيمه الدابه التي يكون رب الدابه مخيرا فيها

في التعدي لا كرا الدابه وهذا التفريق الذي ذكره ابن القاسم هنا مبني على

اصل المذهب في الفرق بين الغصب والتعدي والغاصب عندهم هو القاصد

لتمليك الرقبه والمتعدي لا يقصد تملكها وانما يقصد تحصيل المنفعه

لنفسه كما فرضه في المكتري والمستعير وقد يكون ممن لم يتقدم له اذن في

وضع اليد وفي معنى المتعدي عندهم متلف الشي الذي لم يقصد الى تملكه

كمن احرق ثوبا او قتل دابه او فقا عينها او قطع يدها او كسر صحفه وبعد

قيام الدليل على اعتبار هذه التفرقه ولكنا نبهنا عليها اذ لا يمكن الحكم بجميع

سوا رجع بها بالظهر عند ابن القاسم

المسايل المذكوره في هذا الفصل الا بعد تصور هذه المفرقه وتصور شي
من امهات مسايله وقوله وفيها لو نقل الجاريه الى بلد ثم اشتراها من
ربها في بلد اخر جاز وقال اشهب بشرط ان تعرف القيمه ويبدل ما يجوز فيها
بنا على اصلين السلامه ووجوب القيمه ۝ هذه مسله ذات الفروع وانما
ذكرها المولف هنا لانها كالتفريع على ما قدمه قبل هذا بيسير وهو قوله
فلو وجدها الغاصب خاصه فله تضمينه ويتبين هنا ان ابن القاسم يقول للمغصوب منه
ان يرفع عن الغاصب حكم الغصب ويستصحب حكم السلامه ويبيع الجاريه من
الغاصب كاله ان يبيع منه ما استودعه والذي قاله اشهب وهو مذهب
سحنون اظهر لان رفع العدا وان كان من حق رب الجاريه فليس من حقه
عقد المعاوضه فيها على الغرر والى مذهبهما مال ابن المواز وقد اشار في
المدونه الى نحو مسله الجاريه وذلك انه حكى عن ابن القاسم ان من غصبك
دنانير فلا باس ان تصرفها منه بدراهم وتقبضها اذا كان الدنانير عنده
حاضره او لم تكن لانها في ذمته قال ولو غصبك جاريه جاز ان تبيعها منه
وهي ببلد اخر غايبه وينتقد الثمن اذا وصفها لانها في ضمانه قال والدنانير
في ذلك ابين فاشار بقوله والدنانير في ذلك ابين الى الوجه الذي بنى عليه
اشهب ومن وافقه منع المسله وذلك ان الجاريه يحتمل ان تكون باقيه
على حالها ويحتمل ان تكون حالتها انتقلت ويحتمل ان تكون تلفت فالنقد فيها
نقد في محتمل فان قلت هذا منقوض بالوديعه قلت الفرق هو ما اشار اليه
المولف بقوله ووجوب القيمه وذلك ان الجاريه هنا مضمونه بوضع اليد
بخلاف الوديعه ولو صح تشبيهها بالوديعه لما صح صرف الدراهم او الدنانير
المغصوبه عند ابن القاسم لان صرف الوديعه الغايبه عن محل العقد لا يجوز
عنده وقد اتفق هنا على جواز صرف المغصوب وظهر لك من هذا الكلام
معنى قول المولف بنا على اصلي السلامه ووجوب القيمه وقد اطال الاشياخ

الكلام

الكلام على هذه المسله واشار المولف الى اصل ذلك بقوله ويبدل ما يجوز
فيها ودلت هذه المسله ان ليس من شرط بيع المغصوب من الغاصب ان
تخرج من يد الغاصب قبل ذلك ويبقى بيد ربه ستة اشهر كما اشترطه
بعضهم وقوله واذا حكم بالقيمه ملكه الغاصب فلا رجوع له في مثل
الابق على المشهور فان كان ما قدمه فله الرجوع ۝ يعني ان الغاصب اذا زعم
ان العبد المغصوب ابق منه او ضلت الدابه وشبه ذلك فقضي عليه بالقيمه
ثم وجد الابق والدابه فان تبين كذبه فيما زعمه فللمغصوب منه مخير في
امضا تلك المعاوضه ويتمسك بالقيمه ويمضي للغاصب ملكه ما غصبه
او ينقض تلك المعاوضه لانه كالمكره عليها ويرد القيمه للغاصب وياخذ
منه الشي المغصوب وان لم يتبين كذبه في ذلك بل تبين صدقه فهل تمضي هذه
المعاوضه او يكون مخيرا كما ذكرناه في القسم المتقدم في ذلك قولان المشهور
امضاوها والشاذ التخيير وبالقول الاول قال ابو حنيفه وللقول الثاني
ذهب من مذهب الشافعي وسبب الخلاف هل تلك المعاوضه وقعت عن عين
المغصوب او عن الحيلوله بين ربه وبينه فاذا وجد زالت الحيلوله والاقرب
هو الاول لان اصل المعاوضه انما هي عن الاعيان قال اشهب اذا لم يعلم ان الغاصب
موه بذهابها لجلف انه ما كان اخفاها عن ربها ولقد كانت فاتت من يده
واذا حلف بقيت له اذا كانت على الصفه التي حلف عليها قال ابن القاسم الا ان
تظهر افضل من الصفه بامر بين فلربها الرجوع بتمام القيمه وكان الغاصب
لزمته القيمه فجحد بعضها ووافقه على هذا اشهب قال اشهب ومن قال انه
اخذها فقد اخطا كما لو نكل الغاصب عن اليمين في صفتها وحلفت على صفتك
ثم ظهرت على خلاف ذلك فقد ظلمته في القيمه فيرجع عليك بما تزيدت عليه
ولا يكون له رد الجاريه وقوله والقول قول الغاصب في تلفه وصفته
ومبلغه ۝ يعني اذا زعم الغاصب ان الشي المغصوب قد تلف فالقول قوله في ذلك

مع يمينه وكذلك اذا اختلف مع ربه في صفته او في مقداره لانه المطلوب
في جميع هذه الوجوه وهو غارم فهو المدعى عليه لكن وقع في بعض هذه
الوجوه خلاف قال في المدونه من غصب جاريه ولم يجدها واختلفا في
صفتها صدق الغاصب في الصفه مع يمينه قال اشهب ولا يراعى في هذا ما يشبه
فلو قال كانت بكماء صماء عمياء صدق مع يمينه وحكى عن بعضهم انه يراعى في هذا
الوجه دعوى الاشبه وقال مالك في المدونه فيمن غصب او انتهب صره
بيّنه ثم قال كان فيها كذا والمغصوب منه يدعي اكثر فالقول قول
الغاصب مع يمينه وقال مالك من روايه ابن القاسم عنه في العتبيه من
انتهب صره من رجل والناس ينظرون اليه قد اخذها فطولب فطرحها في متلف
فادعى ربها عددا واكذبه الاخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها
او لم يطرحها ثم يختلفان فالقول قول المنتهب مع يمينه ومطرف وابن الماجشون
واشهب يقولون في هذا وشبهه القول قول المنتهب منه اذا ادعى ما يشبه
وان مثله يملكه ولغير واحد من الشيوخ في هذه المسئله اختيارات وهي
ترجع الى مراعاة دعوى الاشبه وقوله ولو ولدت ثم مات الولد فقي نفي
الضمان فيه قولان لابن القاسم واشهب ه يعني فلو ولدت الامه المغصوبه
عند الغاصب ثم مات الولد واختلف المذهب هل يضمنه الغاصب او لا على قولين
قال ابن القاسم لا يضمنه وهو مذهب ابي حنيفه وقال اشهب يضمنه وهو
مذهب الشافعي وهما على تغليب شبه الغصب في الولد او شبه الوديعه
لان الذي باشر الغصب انما هو الام وحدها وكذلك اختلف ابن القاسم واشهب
اذا ماتت الام وولدها معا فقال ابن القاسم لا يضمن الا قيمه الام خاصه وقال
اشهب يضمن مع ذلك قيمه الولد ويتخرج مذهب ابن القاسم في هذه الصوره بان
الغاصب اذا ضمن قيمه الام فانما يضمنها يوم وضع اليد وهي تصير على ملكه
من يومئذ فيكون ولدها نشا على ملكه ولا يلزمه فيه القيمه واذا ماتت الام

وحدها

وحدها فاشهب يقول يأخذ ربها قيمتها مع عين الولد وابن القاسم يقول ليس
له الا اخذ القيمه دون الولد او اخذ الولد دون القيمه وان وجدا معا فاتفق
ابن القاسم واشهب على وجوب ردهما معا وقال السيوري وغيره من الشيوخ
الولد غله لا يلزم رده وحيث الزمنا الغاصب قيمه الولد فالمعتبر فيها يوم
ولادته وخرج فيها بعض الشيوخ قولا باعتبارها على القيم على ما تقدم عن اشهب
وابن وهب وعبد الملك ورد عليه بان الولد هنا قيل فيه غله لا يلزم رده
لو كان موجودا فلا ينبغي ان يراعى فيه هذا الخلاف وتسقط زيادتها على القيمه
على قيمته يوم الولاده والضمير المجرور من كلام المولف هنا راجع الى الولد ومراده
ان الخلاف في نفي الضمان مقصور على الولد ولا يتعدى الى الام وهو كلام صحيح
اذا كانت الام موجوده واما ان ماتت مع الولد او ماتت وحدها فقد قدمنا
الان الاقاويل في ذلك وقوله ولو قتله ضمنه ه هذا ظاهر لان القتل موجب
لضمانه سوا قلنا انه قبل ذلك مغصوب او يشبه الوديعه غير ان من يراه
كالوديعه فالجاري على مذهبه ان تكون قيمته يوم القتل ومن يراه مغصوبا
يكون حكمه في القيمه حكم المغصوب يقتله الغاصب وقد تقدم وقوله واذا
تعيب بسماوي فليس له الا قيمته او اخذه بغير شي ه يعني اذا تعيب المغصوب
عند غاصبه بامر من الله تعالى ليس بفعل الغاصب ولا جنايه جان عليه
فان المغصوب منه يكون مخيرا بين شيئين لا ثالث لهما وهما اخذ قيمه المغصوب
يوم الغصب او اخذه على عيبه ولا يضمن الغاصب قيمة العيب لان المغصوب
منه كان قادرا على تضمين الغاصب جميع القيمه فتركها هذه حجتهم في هذا الموضع
واختلفوا في اعتبار هذه الحجه في المتعدي وظاهر كلام المولف التسويه في هذا
الموضع بين العيب اليسير والكثير وذلك المشهور من المذهب وحكى ابن الجلاب
قولا اخر انه لا يضمن المغصوب بحدوث عيب يسير ولا فرق على هذا القول
بين المتعدي والغاصب من هذا الوجه وان كان هنالك وجوه اخر وقعت التفرقه

بينهما من جهتها وقد ذكرها المشهور وجه ضعيف اضربنا عنه لضعفه
وفي دار بن المواز في غاصب دار انهدم بعضها في يديه فانه لا يضمن جملة قيمتها
وانما يضمن قيمة ما انهدم منها او يأخذه على ما هو عليه وان انهدم جملتها
ضمن الغاصب قيمتها فقال بعض الشيوخ هو مثل ما ذكره ابن الجلاب ورد عليه
غيره من الشيوخ بانه يحتمل ان يرى في هذا القول بثبوت الدار لسلع متعدده
ولا يضمن جملتها بهلاك بعضها وفي هذا الرد عندي نظر لانه لو راعي ابن المواز
هذا لما فرق بين انهدام جل الدار وبين ما هو دون ذلك وقد تبين من هذه
المسلة ان حكم الغصب يخالف حكم التعدي من وجهين احدهما ان الغاصب
يضمن فيه العيب الحادث عنده بسماوي والمتعدي قد يضمن قيمة النقص
والثاني انه لا فرق بين العيب اليسير والكثير في الغصب ويعتبر الفرق بينهما
في التعدي وقوله وبجنايه اجنبي له اخذه واتباع الاجنبي او اخذ قيمته
من الغاصب يوم الغصب ثم يتبع الغاصب الاجنبي ه يعني واذا تعيب المغصوب
بجنايه اجنبي غير غاصبه فربه مخير بين شيئين احدهما اخذ عين شيئه
واتباع الاجنبي بقيمة عيب الجنايه والثاني اخذ قيمة المغصوب من الغاصب
ثم يكون للغاصب اذا اخذت منه القيمة ان يتبع الجاني الاجنبي بما كان لرب
المغصوب اتباعه به وليس للمغصوب منه ان يضمن الغاصب قيمة عيب
هذه الجنايه لقدرته على تضمينه القيمه ه مثله هكذا انص عليه في
المدونه واشار الى وجهه قال بعضهم ولو كانت جاريه قيمتها يوم الغصب
عشرون ونقصها عيب الجنايه النصف فاخذها ربها وما نقصها وذلك
عشره نظرا الى قيمتها يوم جنايه الاجنبي عليها فان كانت قيمتها حينئذ مايه
وقيمتها مقطوعه خمسون اخذ ربها من الجاني خمسين ما عطى منها الغاصب
عشره ولخذ البقيه قال بعضهم وهذا مذهب اشهب الذي يرى ان الغاصب
لا يربح قلت لا شك في ان هذا الكلام يخالف لمذهب لابن القاسم في المدونه

لانه مكن

لانه مكن رب الجاريه من اخذها مع ما نقصها العيب وهو خلاف ما حكيناه
الان وقوله وانكسار الثديين عيب ه لا شك ان العيب الكثير على ما تقدم
موجب لخيار المغصوب واختلف في العيب اليسير على ما قدمناه وذكر اشهب
في انكسار الثديين ما ذكره المولف انه يوجب الخيار للمغصوب منه وعلى
المشهور انه لا فرق بين العيب اليسير والكثير لا يحتاج ان ينظر في هذا
العيب من اي القسمين هو وقد استغنى المولف بهذه المسلة عن مسلة المدونه
المذكوره في هذا الفصل اذا غصب امة شابه فهرمت عنده ان ذلك فوت
يوجب لربها قيمتها قال لان الهرم لعيب مفسد اصابها عند الغاصب وظاهر
هذا ان لا خيار لربها في اخذها لكن اشهب تمم المسلة فذكر ان لربها الخيار
على ما تقدم واستشكل بعض الشيوخ قول اشهب في انكسار الثديين من
حيث لم يجعل ما حدث من النما فيها وهو نشوز ثديها جابرا لعيب
انكسار الثديين وقوله اما لو نقص سوقها من عشره الى درهم ولم
تتعيب لم يلزمه سواها على المشهور كما لو زاد ه يعني ان المذهب اختلف
على قولين في تغير سوق المغصوب بنقص هل هو موجب لخيار المغصوب
منه لتغير العين بنقص فالمشهور انه ليس موجب للخيار حتى لو انتقلت
سوق المغصوب من عشره الى درهم والشاذ ان ذلك موجب لخياره قال
ابن عبدوس روى ابن وهب عن مالك ان الغاصب يضمن لحواله الاسواق
ذكر ذلك ابن حارث ومع هذا القول لا يحتاج الى تخريج الخلاف في المسلة
من مسلة التعدي في الكرا ولا من مسلة حبس الغاصب ولا الى استقرا الخلاف
من مسلة المدونة حيث قال ابن القاسم لولا ما قاله مالك لرايت ان الغاصب
والسارق مثل المستعير ويقرب من روايه ابن وهب هذه ما في ثمانيه
ابي زيد فيمن غصب دابه في المدينه فسار بها الى مكه ثم اعادها
لربها وهي احسن حالا مما كانت يوم اخذها فان لربها تضمين قيمتها له

لكنه لم يقتصر على هذا وزاد فقال ولو حبسها مدة هذه المسافة ولم
يسافر بها لم يضمن قيمة جميعها فلم ير حوالة الاسواق موجبا للضمان حتى
يسافر بها لتعدّ على المنفعة والظاهر في النظر هو القول الثاني لان حوالة
الاسواق بالنقص ولاسيما في المثال الذي ذكره المؤلف لا تنقص عن العيب اليسير فان
قلت قول المؤلف ح لو زاد هل هو جار على المشهور عند المؤلف كما انه يقول على هذا
التقدير لا يعتبر النقص حالا لم تعتبر الزيادة مع حوالة الاسواق فيكون
زيادة السوق في هذه المدة متفقا على عدم اعتبارها او مراده تشبيه مسألة
مع حكمها بمسألة اخرى مع حكمها فتكون الزيادة على هذا التقدير مختلفا
في عدم اعتبارها قلت الاقرب هو الوجه الاول لانا لم نجد الخلاف منصوصا
عليه في المذهب الا في نقص السوق وحده وقوله وفي كون جناية الغاصب
كالاجنبي قولان لابن القاسم واشهب واستشكل الفرق بينه وبين القتل ح
يعني ان المذهب اختلف على قولين في جناية الغاصب على العبد المغصوب بان
يذهب بعض اعضائه فقال ابن القاسم جنايته عليه كجناية الاجنبي فيكون
ربه مخيرا بين اخذ قيمته يوم الغصب بحكم الغصب او ياخذ العبد مع
ما نقصه بحكم التعدي وهذا هو اختيار مطرف وابن الماجشون وابن
كنانة وقال اشهب ليس لربه الا اخذه على حاله بغير عوض القطع او اخذ
قيمته وهذا هو اختيار ابن المواز واليه ذهب سحنون وذلك انه قال اثر قول
ابن القاسم هذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل ان عليه قيمتها يوم الغصب لا
يوم تزيد قيمتها يوم القتل وقد يكون فيما نقص القطع منها يوم القطع مثل
قيمتها او اكثر يوم الغصب فاخذها ومثل قيمتها فاخذ في البدن ما لا ياخذ
في النفس قال والذي ارى انما له ان ياخذها ناقصة فقط او قيمتها يوم الغصب
قلت وقد تقدم لابن القاسم قولا آخر في القتل مثل ما قاله هنا في قطع عضو من اعضاء
المغصوب وحكى بعضهم عن سحنون انه يقول بمثل قول ابن القاسم الا انه ياخذ قيمة

ما نقص

ما نقص يوم الغصب لا يوم الجناية وهذا القول خلاف لما هو ما قلناه اولا عن سحنون
ولكنه رد ذلك الى هذا والله سبحانه اعلم واما قول المؤلف واستشكل الى آخره
فمعناه ما قدمناه الآن عن سحنون في انكاره على ابن القاسم وذلك انكر عليه
ابن المواز وفرق لابن القاسم بان القتل اتلاف لجميع الذات وذلك موجب للتضمين
فيضمن قيمة المغصوب يوم وضع يده عليه واما قطع اليد وشبهه فانه لا
يذهب عين المغصوب واذا بقيت عينه فقد يكون لربه فيها غرض في طلب
عينه فلا يباع عليه السالم من العبد بغير اختياره قلت وقد يقال انه يلزم
ابن القاسم الذي جعل لرب العبد اخذ الغاصب بحكم التعدي ان تخيره ايضا
في اخذ قيمة العبد يوم قطع اليد لان ذلك احد ما يجب له ولا اعلم من قاله
في هذه الصورة والزم بعض الشيوخ على ما قاله سحنون ان لرب العبد ان يطالب
الغاصب بما نقصه القطع يوم الغصب انه الا اذا كان القطع بامر الله تعالى
لا سبب للغاصب فيه فانظر في ذلك وقوله ولو قتل العبد قصاصا ضمنه لتقدم
ان الغاصب يضمن المغصوب بسبب وضع اليد سواء كان تلف المغصوب بفعل
الغاصب او بامر من الله تعالى لا سبب لاحد فيه فلذلك يضمن الغاصب العبد المغصوب
اذا اقتص منه في النفس او فيما دونها مما ينقص قيمته وقوله فان تعلق
ارش برقبته فقال ابن القاسم يخير سيده فان اخذ القيمة فللغاصب اسلامه
او فداؤه وان اخذه سيده فكذلك وقال اشهب يسلمه السيد او يفديه اولا
ثم يرجع بالاقل من قيمته او جنايته ح لما تكلم على الجناية الموجبة لقتل العبد
قصاصا تكلم على ما دون ذلك من الجنايات فاذا جنى العبد المغصوب جناية
يتعلق ارشها برقبته لا بذمته فذلك عيب حدث بالمغصوب فيكون ربه بالخيار
بين تضمين الغاصب او دفع الضمان عنه فان اختار تضمينه اخذ منه القيمة يوم الغصب
ويكون الغاصب حينئذ كالمالك للعبد حقيقة فيخير بين اسلامه للمجني عليه
او في افتدائه منه بقيمته وان اختار سيد العبد اخذ عبده فهو المالك حقيقة

بقول لح

فيكون مخيرا بين اسلامه وافتكاكه مقطعا ولا شي لسيد العبد على الغاصب عند
ابن القاسم غير ما ذكرنا وقال اشهب يخير سيد العبد كما قال ابن القاسم في اسلامه
للمجني عليه او افتدايه واي الوجهين اختاره كان له بعد ذلك الرجوع على الغاصب
باقل الامرين قيمة العبد او ارش الجناية لانه ان كان الارش اقل من القيمة فهو
القدر الذي ادخله الغاصب فيه وان كانت قيمة العبد اقل من الارش فلا يلزم
بسبب الجناية الا ذلك حقيقة فيزول عيب العبد الحادث بسبب الجناية اذا اخذ
ذلك المجني عليه قال بعض الشيوخ وحمل الامر اشهب هذا على ان الجناية التي جناها
العبد كانت خطا فاذا خلص منها بغرامة ارشها لم يبق بعد ذلك عيب قال
واما لو كانت عمدا فهو عيب لازم للعبد ولا يتصور هذا التوجيه فيه وقوله
وان صار العصير خمرا فعصير مثله ه هذا ظاهر لان صفته انقلبت الى ما
لا يحل تملكه فيغرم لربه مثله ان علم كيله وان لم يعلم كيله ضمن قيمته ثم
تراق الخمر على الغاصب ان كان الغاصب مسلما وان كان ذميا ففيه نظر يأتي ما
يوخذ ذلك منه وقوله وخلا خير فيهما ه يعني ولو صار العصير المغصوب
خلا خير ربه بين اخذ ذلك الخل وبين اخذ عصير مثل عصيره لانه انما تبدلت
صفته خاصة وقد يقال على مذهب من يعتبر فوات المغصوب انتقال الاسم
لا يكون على الغاصب هنا الا مثل العصير وليس لربه اخذ الخل الا باجتماعهما على
ذلك وقوله وان صار الخمر خلا تعين الا ان يكون ذميا فيخير بينه وبين قيمته
على الاشهر ه يعني ان صار الخمر خلا عند غاصبها فاما ان يكون صاحبها مسلما
او ذميا فان كان مسلما تعين الخل له وليس له غير ذلك وان كان صاحبها ذميا فهل
يتعين له ذلك كما يتعين في حق المسلم في ذلك قولان والاشهر انه لا يتعين بل
يخير الذمي بين اخذ الخل او اخذ قيمة الخمر وحكم هذه المسألة اذا كان صاحب الخمر
مسلما ظاهر غير ان بعض الشيوخ قال انما يتمشى هذا على قول من جبر لصاحبها تخليلها
واما من يمنع ذلك فيلزمه ان يقول بملكها ها هنا للغاصب وذلك انها غير مملوكة حين

كانت

كانت خمرا الا للغاصب لا لغيره فاذا تخللت بيد الغاصب صار كمن وضع يده
على طاير لا يحوزه احد واما ان كان ذميا فالخلاف فيها مبني على الخلاف
في المسلم يستهلك الخمر للذمي وفي ذلك قولان في المذهب المشهور انه يضمنها
له وقال عبد الملك انه لا يضمنها والاول مذهب ابي حنيفة والثاني مذهب
الشافعي والخلاف مبني على كون الخمر مالا من اموال اهل الذمة ام لا والجمهور
يجعلون سبب الخلاف في ذلك هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة او لا
فان قلنا انهم مخاطبون بها لم يضمن المتلف كما لو اتلفها المسلم وان قلنا انهم
غير مخاطبين ضمنها ومن الشيوخ من قال لا يختلف المذهب انهم مخاطبون وانما
ضمن الغاصب في المشهور لانهم اقروا على تملكها كما اقروا على غيره من المحرمات
عليهم فاذا اقروا على تملكها في اعتقادهم وجب اغرام القيمة لئلا يكون
ذلك شبيها بنقض العهد منا وقال اخرون انا وان سلمنا انهم مخاطبين بفروع
الشريعة من حيث الجملة لكن هذا الحكم بخصوصيته لم يخاطبوا به لانه
لا يتناولهم عموم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الاية وايضا
فقوله تعالى لعلكم تفلحون يدل على ان ترك شربها سبب في حصول الفلاح
وهذا السبب لا يظهر تاثيره في حق الكافر وايضا فقوله انما يريد الشيطان
ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر يقتضي ان تحريمها انما كان
من اجل ذلك ووقوع العداوة والبغضاء بين الكافرين مطلوب شرعا وايضا
فقوله ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة والكافر لا تصده الخمر عن ذكر الله
ولا عن الصلاة لان ذلك لا يقع منه اذا لم يشربها وقوله واذا زرع البذر
وافرخ البيض فالمثل وقال سحنون الفراخ للمالك وعليه اجرة الحضن والقول
الاول في فراخ البيض هو لاشهب في المجموعة وقاسه على زرع البذر وهو
اظهر القولين عندي ولا سيما والحكم عند سحنون ان الغاصب اذا عالج المغصوب
حتى تغير اسمه عنده كان للغاصب لا لربه وقال اشهب في مسألة البذر [illegible]

ان لو تصدق بالفضل ليس بواجب عليه للضمان وقوله ولو ان اشهب من غصب
دجاجة وحضنت بيضها فلمالكها الولاده ۝ هكذا قال اشهب في المجموعه وكتاب
ابن المواز وهو حسن وتشبيهه بالولاده صحيح وقوله فان حضنت غير بيضها
او باضت وحضنه غيرها فالدجاجه ومثل البيض في الحمد والاجر حضنها اصل
هذا الكلام ايضا لاشهب في المجموعه ومعناه ان الدجاجه المغصوبه اذا حضنت
غير بيضها او باضت وجعل بيضها تحت غيرها حتى صار الجميع فراخا فان الدجاجه
ترد الى ربها ويرد معها مثل البيض الذي باضته وهو كلام حسن على اصل المذهب
وما نسبه المولف الى المجموعه اوجب لربها اجر الحضن حكاه ابن يونس عن اشهب متصلا
بالكلام الاول واما الذي رواه ابن المواز ان لربها ما نقصها قال الا ان يكون
نقصانا بينا فيكون له قيمتها يوم غصبها ولا يكون له من بيضها ولا من فراخها
شي قلت وانما يتم هذا اذا كان اخذ الدجاجه متعديا لا غاصبا لما قدمنا ان
الغصب لا يفترق فيه العيب اليسير من العيب الكثير وقد اعترض بعض الشيوخ
ان يجمع لرب الدجاجه قيمة النقص مع اجره للمثل ورأى ان غرامه ما نقص
من الدجاجه يمنع من ان يكون له اجره الحضن وهو صحيح قال في كتاب ابن المواز
ولو غصب حمامه فزوجها حماما له فباضت وافرخت فالحمامه والفراخ للمستحق
ولا شي للغاصب فيما اعانها ذكره من حضانته وللمستحق الحمامه فيما حضنت من بيض
غيرها قيمة حضانتها ولا شي له فيما حضنه غيرها من بيضها وانما له مثل
بيض حمامته الا ان يكون عليه في اخذ البيض ضرر في تكلف حمام تحضنهم فله
ان يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض وقوله واذا صبغ الثوب خير المالك بين اخذه
والثوب ويدفع قيمة الصبغ وقال اشهب ولا شي عليه في الصبغ ۝ يعني ان
الغاصب اذا صبغ الثوب الذي غصبه فزادت قيمته لاجل ذلك او لم تزد ان
في ذلك قولين احدهما تخيير المالك بين اخذ قيمة الثوب يوم الغصب او اخذ الثوب
بعد ان يدفع قيمة الصبغ وهذا هو قول ابن القاسم في كتاب الغصب من المدونه

والقول الثاني

والقول الثاني لاشهب انه يكون مخيرا بين اخذ الثوب بلا غرم او اخذ قيمة الثوب
فان قلت من اين حملت على كلام المولف التقييد بما ذكرته من ان الثوب زادت
قيمته او لم تزد ولم تنقص وهلا حملته على الاطلاق قلت لانه قابل هذا
الكلام بقوله بعده اما لو نقصت قيمته فدل ذلك على ان اول الكلام فيما عدا
نقص القيمه فان قلت من اين حملت على المولف انه نقل عن اشهب التخيير في الوجهين
المذكورين وهلا حملت كلامه على انه ياخذ الثوب من غير عوض عن الصبغ لا
يكون له غير ذلك قلت لاثباته واو العطف في قوله ولا شي عليه وذلك يستدعي
تقدم معطوف عليه هو ما نقله اولا كانه يقول وقال اشهب مثل ما تقدم
وزاد ولا شي عليه في الصبغ والذي قدمناه عن ابن القاسم هو معنى ما له في
كتاب التلطيخ وليس بمخالف له ولعبد الملك قول مثل قول اشهب ذكره عنه ابن حبيب
وفي المبسوط عن عبد الملك ايضا ان الغاصب اذا صبغ فيما غصبه شيئا يسيرا فان
صاحب الشي ياخذه ولا يغرم قيمة الصنعه وان صنع فيه شيئا كثيرا فانه
لا ياخذه حتى يدفع قيمة الصنعه او يضمن للغاصب ما غصب او يكونا شريكين
واثبت ابن الماجشون في هذا القول الشركة بما فعله الغاصب ونص ابن القاسم
على نفي الشركة ومن اثبتها اختلفوا هل تكون بقيمة الصنعه او بما زادت
الصنعه وهذا كله اضطراب وهو مبني على مراعاة احق الضررين والنفس
اميل الى قول اشهب والله سبحانه اعلم وقوله اما لو نقصت قيمته فلا شي عليه
ولا له ان اخذه ۝ يعني ان الصبغ اثر نقصانا في قيمة الثوب فحكمه حكم
سائر العيوب الحادثة في المغصوب فيخير ربه بين اخذه على حاله او تركه
واخذ قيمته من غير زياده وقوله واذا صب الطين لبنا ضمن مثله ۝ يعني
اذا كان الطين معلوم القدر بحيث يمكن تحصيل مثله قدرا وصفه والا فقيمته
ولا يبعد ان يجري فيه خلاف عبد الملك الذي يذكره المولف بعد هذا في النقره
وقوله واذا ذبح الشاه ضمن قيمتها وقال محمد اذا لم يشوها فلربها اخذها

مع اتيانها ه ظاهر كلامه انه ليس لربها في القول الاول الا قيمتها وبعد ذبحها
فانه مطلقا وهو ظاهر ما حكاه غيره وقال بعضهم عن ابن القاسم ان ربها
مخير بين اخذ قيمتها او اخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة وقول محمد
هذا وهو ابن مسلمة بعيد عن اصل المذهب وقد تقدم حكم غاصب العبد اذا
قتله هل تلزمه القيمة يوم الغصب او يوم القتل وقوله ولو غصب نقره فصاغها
ضمن مثلها وقال ابن الماجشون له ان ياخذ المصوغ والمصبوغ والمخيط مجانا
اذ ليس لعرق ظالم حق ه قد تقدم هذا المعنى وقال في المدونه في غاصب
الثوب يجعله ظهارة لجبة فلربه اخذه او تضمينه قيمته قال الشيخ ابو محمد
وله اخذ عين شيه وتفتق له الجبه وقوله واذا غصب ساجه او ساريه
فله اخذها ولو بالهدم ه ظاهر هذا ان ربها مخير بين اخذ الساريه والساجه
وبين اخذ القيمه وعلى نحو ما ذكرها المولف وقعت المسله في المدونه وفسرها
بعض الشيوخ بنحو ما فسرنا به كلام المولف وهذا هو المشهور في المذهب وقال
في الموازيه يهدم بنا الغاصب ولو كان زياده قصورا واختلف النقل عن اشهب
فعنه مثل ما لابن القاسم في المدونه وروي عنه ايضا انه يري وجوب القيمه
على الباني والا يهدم بناوه وحكى بعض الشيوخ عن اشهب مثل هذا وزاد ابن
القاسم واشهب اتفقا على ان البنا المعتمد على الحجر يقلع وانما اختلفا فيما
انتشر من هذا البنا وخرج عن اعتماده على الحجر المغصوب هل يهدم اولا فقال
ابن القاسم قولا مجملا انه يهدم وقال اشهب اذا كان لا سبيل الى انتزاع الحجر
المغصوب الا بهدم جميع البنا فانه تجب القيمه لصاحب الحجر وانكر عليه
غيره هذا التفصيل وحكى المولف ما قدمناها وقال الشيخ ابو محمد عبد الحميد
والشيخ ابو الحسن اللخمي الى منع الغاصب من هدم بنايه اذا رضي رب الخشبه
باخذ قيمتها لانه نوع من اضاعه المال واضاعه المال لا تجوز وقال ابن القصار
ان الغاصب اذا رضي بهدم بنايه لم تلزمه غرامه القيمه بل غرامه قيمه الحجر

او الخشبه

ان

او الخشبه موقوفه على رضى الغاصب والمغصوب منه معا والاصل تمييز رب
الخشبه من اخذها ومن حال الغاصب لك داعي كثره الضرر اللاحق للغاصب بسبب
هدم البنا وقوى ذلك بان من بنى على حجر اشتراه من غاصب وهو لا يعلم بكونه
مغصوبا فانه لا يهدم بناوه وهذا هو مذهب مالك وغير واحد من العلما
فقاسوا على ذلك بنا الغاصب لاستوا الخطا والعمد في اتلاف الاموال وقوله
واذا بنى الغاصب خير المالك في اخذه ودفع قيمته منقوضا بعد اسقاط
كلفته ما لم يكن يتولاها بنفسه او عبده ه تقدم في كتاب العاريه هذا المعنى
واذا ... الحكم هناك مع اذن المالك فلان يكون في هذا الموضع مثله
اولى وقال ابو حنيفه ان الغاصب يملك الارض بغراستها وبنابها وتلزمه قيمتها
وذلك ينبغي ان يقيد ذلك الموضع بما زاده المولف هنا وهو قوله ما لم يكن
يتولاها بنفسه او عبده وقوله واذا خصى العبد فزادت قيمته لم يضمن
شيا ويعاقب ه سكت المولف عن الحكم اذا نقصت لدلاله ما تقدم من المسايل
على ذلك والحكم اذا لم تزد ولم تنقص مثله اذا نادتنا داسلم ما ذكره المولف
انه لا يضمن المتعدي شيا وفي العتبيه من عدا على غلام فخصاه فزاد
ثمنه قال يقوم على قدر ما نقص منه للخصا قال ابن رشد يريد ان لم يرد
ربه تضمينه واختار حبسه قال ومعنى قوله قدر ما نقص اي عند غير اهل
الطول ممن لا رغبه لهم في الخصيان وقال سحنون معناه ان ينظر الى عبد
دني ينقص من مثله الخصا فما نقص كان على الجاني فذلك الجزء من قيمته في هذا
المجني عليه قال عبد الله تاول بعض الناس على ما في كتاب الجراحات من سماع ابن
القاسم ان ينظر ما وقع للزياده فيجعل نقصانا منها يكون عليه غرمه قال
وذلك بعيد لا وجه له في النظر والذي يوجبه النظر ان يكون عليه في الذكر او الانثيين
قيمته وفيهما قيمته مرتين كالجزء في الديه قياسا على قول مالك في المامومه والجايفه
والمنقله والموضحه انه يكون عليه من قيمته بحسابه الجزء من ديته وابن عبدوس

يرى اذا زاده لم نقصاً فلا غرم عليه . ولا يبعد ذلك على المذهب قال وانما يأتي على قول من يقول لا شي عليه في المأمومة وشبهها مما لا نقصان عليه فيه بعد البرء
قلت قول ابن عبدوس هو الذي حكاه المولف ولم يسم قايله وكلام ابن رشد في هذا الفصل حسن واما عقوبة فاعل ذلك فظاهر وجوبها وقوله ولو هزلت الجاريه ثم سمنت ونسي العبد الصنعه ثم تذكر لم يحصل الجبر يعني اذا تغير المغصوب بنقص حسي او معنوي ثم عاد لهيئته الاولى من الكمال فلا ضمان على الغاصب فالاول كهزال الجاريه ثم سمنها والثاني كنسيان العبد الصانع صنعته ثم يذكرها والمثال الاول ظاهر والثاني يتردد النظر فيه لانه هل نسيان العبد الصانع صنعه من باب تغير السوق وهو غير معتبر في هذا الباب على المشهور او هو ملحق بتغير الذات لاختلاف الاغراض بسبب وجود الصنعه وعدمها وذلك صفه في العبد بخلاف تغير السوق الذي لا يكون عن وصف في المقوم وهذا الوجه اقرب والله سبحانه اعلم وقوله واما المنافع فان كانت كالدار يغلقها والارض يبورها والدابه يعقلها والعبد لا يستخدمه فقال ابن القاسم لا يضمن وقال غيره يضمن وصوب ه يعني ان منافع المغصوب اذا لم ينتفع بها الغاصب ولكن عطل الذوات فان قلنا ان الغاصب لا يرد الغلات اذا اغتل ولا تفريع وهو ظاهر وان قلنا انه يرد الغلات اذا اغتل فاختلف المذهب في لزوم ما عطله الغاصب من ذلك على قولين المشهور انه لا يلزمه في ذلك شي وهو مذهب ابي حنيفه والقول الثاني قال ابن حبيب انه يضمن وهو مذهب الشافعي وقال المولف وصوب اي واختاره بعضهم وحكم بانه صواب ووجه القول الاول ان غاصب الرقبة انما يصدق عليه انه غصب المنافع المعطله فلا يضمنها لان الغصب اسم لليد العاديه على مال الغير وذلك غير حاصل في محل النزاع وربما قيل هنا انه لم يغصب المنفعه ولم يتلفها فلا يضمنها اصله اذا عجز صاحبها فعطلته بسبب ذلك واصحاب القول الثاني قالوا المنفعه المتنازع فيها انما هي تحقيق الذات للانتفاع بها لا حصول تلك المنفعه

في الخارج

في الخارج وذلك المعنى قد منع منه الغاصب فوجب ضمانه عليه وعلى هذه الطريقه قال بعض الشيوخ لو غصب دنانير فانفقها او حبسها فلم يتجر بها فلا يضمن الربح لكن يضمن لصاحب الدنانير ما كان يربح فيها صاحبها لو تجر بها قال وقد ذكر ابن محرز في شاهدين شهدا على رجل بدين لرجل قد حل انه اخره به عاما ما ثم لما انقضى العام رجعا عن شهادتهما بعد ان حكم الحاكم بها انهما يغرمان ما ينظر ان الذي له الدين لو اخذه لما حل وتجر به في هذا العام لحصل اذا كان الدين عينا او مكيلا او موزونا وقوله فان استعمل او استغل ضمن على المشهور وروي الا في العبيد والدواب وروي لا يضمن مطلقا ه فالقول الاول هو مذهب الشافعي والقول الثاني هو مذهب ابي حنيفه وروى ابو الفرج عن مالك مثل القول الاول الا فيما تولى بنفسه من استخدام الدواب واستعمال الرقيق فانه لا يضمنه بخلاف ما اكراه من غيره وفي المدونه انه لا يضمن ما اغتل او انتفع به في نفسه في الدواب والرقيق ويضمن ما انتفع به من غله الابل والبقر والغنم وللشيوخ اخر في تحصيل ما في المذهب في ذلك من الخلاف وهل تكررت المسله في المدونه في مواضع على وجوه والتحقيق عند المتاخرين من اهل المذهب وجوب رد الغله على اي وجه كان لان المقصود من الدواب انما هو حصول منافعها فلو لم يرد الغاصب الغله لما كان عليه في العقاب بالرد سوى يده الانتفاع بالمغصوب في المستقبل وفي ذلك تتميم لغرض الغاصب واما قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان فهو عند جمهور العلما الذي خرج على سبب لانه روي في الرد بالعيب لكن كون هذا المعنى موجبا لتخصيص العام ضعيف على ما يتبين في اصول الفقه وايضا فقد روي من طريق اخر ولم يذكر فيه هذا السبب ولو تجر الغاصب بدنانير او دراهم غصبها فان كان مليا فالمعروف من المذهب ان الربح له لانه انما عومل على ذمته وان كان معسرا لولا المال الذي غصبه لما عومل ففي ذلك قولان احدهما

طرق

سوى

ان الربح للغاصب والثاني انه للمغصوب منه ولا شك ان الربح حصل عن هذا
المال وعن محاولة الغاصب فسبب حصوله مركب من معنيين فينبغي اضافة الحكم
لقواهما وذلك ما ينظر فيه وقوله واما البضع فلا يضمن الا باستيفائه
لا بفواته ۝ لما قدم الكلام على منافع المغصوب وانه اختلف هل يضمن باستيفائها
وهو ما ذكره في المسله التي فرغنا منها الان وانه اختلف ايضا هل تضمن
بتفويتها وانه صوب بعضهم الضمان ذكر هاهنا ان البضع لا يضمن
بتفويته سواء كان من حرة او امة فمن منع حرة او امة التزوج لم يلزمه ضمان
صداقها وهذا لا اعلم فيه خلافا وان كان قد تقدم في كتاب النكاح ما قد
يتخرج منه خلاف لبعض الشيوخ وقوله ففي الحرة صداق مثلها ۝ يعني
ان يحصل استيفاء البضع على وجه الاغتصاب وجب ضمان صداق المثل وهذا
هو مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا يجب للمغتصبة صداق ونازع الجميع
فهم نهيه صلى الله عليه وسلم عن مهر البغي والاقرب ان هذا الظاهر معنا
لانها لا تسمى بغيا بسبب هذا الفعل ولو وجب الحد على المغتصب واما لو
طاوعته على الزنا فلا مهر مطلقا وهل يتناول ذلك الامة والحرة الصغيرة
له موضع غير هذا وقوله وفي الامة ما نقصها ۝ يعني ان الامة اذا اكرهت
على الزنا لا يجب لها صداق المثل كما يجب للحرة وانما يجب لها ما نقصها كساير
العيوب الكاينة بسبب التعدي وقد قيل ان مجرد غيبة الغاصب على الامة
عيب فيها وقوله وكذلك منفعة الحر ۝ يعني ان منفعة الحر كالبضع
لا يلزم الغاصب قيمة خدمة الحر الا اذا استخدمه واما ان حبسه عن
منافعه فلا يلزمه بسبب ذلك شي والاقرب ان لا فرق في هذا الوجه بين
الحر والعبد وقوله ولو غصب ما صاد به وفرعنا على ان المنافع للمالك فان
كان عبدا فالصيد للمالك اتفاقا ۝ اعلم ان هذه المسله وما يتعلق بها
مذكورة في هذا الكتاب وقد تقدمت في كتاب الصيد مستوفاة فانظرها

هنال

هنالك الى قوله على التشبيه بهما وقوله واذا غصب دارا او غلها او مركبا خرابا
فاصلحه فاغتل فقال اشهب زاد فللغاصب اصلاحه بغيرها وقال محمد الجميع للمالك
۝ لا يريد محمد ان يكون الجميع للمالك مالا عين قايمه مما زاده الغاصب لانه قال لو
غصب مركبا خرابا فانفق في مقلفطته وزفته واطرافه وحوايجه ثم اغتل
فيه غلة كثيرة فلربها اخذه مقلفطا مصلحا بجميع غلته ولا غرم عليه فيما
انفق الا مثل الصاري والارجل والحبال وما اخذه له ثم اذا اخذ فللغاصب اخذه
وان كان بموضع لا غنا به اذ لا يجد صاريا ولا ارجلا ولا احبلا الا هذه
او لا يجد ذلك به مع بيان حمله اليه الا بالمشقة والمونة العظيمة وهو
مما لا بد له منه مما يجري به المركب حتى يرده الى موضعه فربه مخير ان يعطيه
قيمة ذلك بموضعه كيف كان او يسلم ذلك اليه وقول محمد هذا اظهر والله
سبحانه اعلم وقوله وحيث الزم الغاصب الغلة فما انفق على العبد والدابة
وسقي الارض وعلاجها ونحوه يتقاص به فلو زاد لم يرجع به ۝ يعني وانا
فرعنا على ان الغاصب يرد الغلة فان له المطالبة بما انفق على ذلك المغصوب
فيرجع بالاقل من قيمة نفقته او الغلة وهذا هو معنى قوله فلو زاد لم
يرجع والذي حكاه المولف هو مذهب المدونة وهو قول اشهب وقال ابن
القاسم في المجموعة ورواه عن مالك انه لا يرجع بشي من ذلك وهو اختيار ابن
المواز والقول الاول اظهر لان الغاصب وان ظلم فلا يظلم فان قلت فظاهر
قوله هذا يوجب له الرجوع بما انفقه ولو كان اكثر من الغلة وذلك خلاف
ما قاله مالك قلت انما اوجبنا له الرجوع في الغلة لا في ذمة المالك لان الغلة
نشات عن خدمته وقد قيل لا يرجع في مجموع الغلة وانما يرجع فيما زاد على ما في
الغلة كما لو كان الحايط لو ترك بغير سقي ولا علاج اخذ في غلته خمسة اوسق
مثلا فاذا سقي وعولج اخذ في غلته عشرة فانه يكون للغاصب ما انفق
ما لم يزد على خمسة اوسق لا على عشرة اوسق فلو قيل بهذا لكان له وجه

قوله ثم لو بيع المغصوب او ورث ثم ان علم المشتري فكالغاصب يعني فلو باع
الغاصب ما غصبه او مات فورثه عنه وارث وعلم المشتري او الوارث بان ذلك
المبيع او الموروث مغصوب فانه يكون المشتري والوارث حينئذ كالغاصب
في لزوم رد الغلات وفي الضمان وغير ذلك لان من بيده ذلك يجب عليه رده الى ربه
كما يجب على الغاصب ولا عذر له لتعذره غير العالم بالغصب قوله وان لم يعلم
فلا شي عليه في السماوي ولا في الغلة ان لم ينتفع او اكرى ولا على الغاصب من
حين باع على المشهور ه يعني وان لم يعلم المشتري او الوارث بالغصب فلا شي عليه
عما هلك او نقص مما لا صنع له فيه وهو مراد المولف هنا بالسماوي وكذلك
تكون له الغلات ان كان مشتريا من الغاصب بخلاف وارث الغاصب فانه لا غلة
له على المدونة بخلاف ما يقتضيه ظاهر كلام المولف سوى انتفع بنفسه او اكرى
من غيره فان قلت هذا متناقض لان قولكم انما يكون ما هلك بسماوي يدل على
ان لا ضمان منه وقولكم الغلة له يدل على وجود الضمان فيلزم اجتماع ثبوت
ونفيه قلت نحن انما نفينا سببا واحدا من اسباب الضمان ولا يلزم من نفي الاخص
نفي الاعم فلا يلزم نفي اسباب الضمان كلها وعلى هذا التقدير فالضمان موجود
والغلة للمستحق من يده لاجل ضمانه فلا تناقض وايضا فان معنى قول اهل المذهب
هنا انه لا يضمن ما هلك بسماوي اي لا يلزمه غرامه والا فحكم الملك
حقيقة الا ترى انه لا يرجع ان كان مشتريا بثمن المستحق على من باع منه وذلك
يدل على صحة ملكه وهذا انما يتم في المشتري من الغاصب لا في الوارث منه
حسبما قلنا واما قول المولف ولا على الغاصب الى اخره فمعناه ان الغاصب اذا
باع المغصوب فلا يضمن من غلته الا ما استغل من يوم غصب الى يوم
باع خاصة واما ما كان من الغلة من يوم باع الى يوم الاستحقاق فلا يرجع
به المستحق على المشتري ولا على الوارث ولا على الغاصب على المشهور
وقيل يرجع بذلك على الغاصب وهذان القولان مبنيان على القولين فيما

عطله

عطله الغاصب من منافع المغصوب ولم ينتفع به وذلك ان الغاصب منع عطل
المغصوب في المعنى لانه لا فرق بين ان يغلق الدار مثلا او لا يكريها او يخرجها من يده
الى من يستغلها ولكن لا يكون لربها من تلك الغلة شي وقوله وفي الرجوع
على الغاصب الواهب قولان ه يريد والله سبحانه اعلم ان في الرجوع على الغاصب
بغلة ما وهبه قولين فان كان هذا مراده فهما يشبهان القولين السابقين في
الرجوع على الغاصب بغلة ما باع من حين باع وقوله وعلى الرجوع اذا
اعدم ففي الرجوع على الموهوب له قولان ه هذان القولان مشهوران في المذهب
وذلك ان الغاصب اذا وهب بعض الدواب فاغتلها الموهوب له فقال ابن
القاسم في المدونة ان المالك يرجع على الموهوب له بالغلة كما يرجع على
وارث الغاصب بجامع ان كل واحد منهما اخذ بغير عوض وهذا قول ابن
القاسم في المدونة وغيرها وقال اشهب في كتاب محمد ان من وهب له الغاصب
الغلة اذا لم يعلم بالغصب كالمشتري الذي وافقه عليه ابن القاسم ان
الغلة له اذا لم يعلم بالغصب فقد اطال ابن القاسم في المدونة الاحتجاج
على صحة قوله والمحصول منه هو ما اشرنا اليه اول الكلام والزيادة على ذلك
لا يظهر لها كبير اثر في الحجة وقوله ولو اكلوه او لبسوه فابلوه فللمالك تغريمهم
قيمته او مثله يوم لبسوه او يغرم الغاصب او امضا بيع الغاصب ه فاعل
اكلوه وما عطف عليه يعود على من حصل له المغصوب من جهة غاصبه وهو
وارث الغاصب او الموهوب له او المشتري من الغاصب ومعناه فان اكل من ذكرنا
الطعام المغصوب او لبسوا الثوب حتى ابلوه فللمالك تغريمهم قيمة المقوم
ومثل المثلي والقيمة في ذلك يوم الاتلاف لا يوم وضع اليد بخلاف الغاصب
لان من ذكرنا لم يكن عندهم علم بالغصب فلولا الاتلاف لما ضمنوا وللمالك ايضا ان
يدع تضمينهم ويضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب او مثله وله
ايضا امضا بيع الغاصب على ما تقدم في بيع الفضولي ولا يتعقب على المولف

هدا

ما الحكم هنا في حق موهوب الغاصب فان ظاهر كلام المولف يقتضي تخيير
المالك في تضمين الغاصب اولا او في تضمين الموهوب له اولا فانه يفيد كلامه
بعد هذا بقوله والمشهور بدا الغاصب على الموهوب له اذا اكله او ابلاه
وانظر اذا اختار المالك تغريم الموهوب له وهو ذا المولف معه قيمة
المغصوب وكانت القيمة التي غرم اقل من القيمة اللازمة للغاصب فهل
للمالك الرجوع بتمام القيمة اولا على ما تقدم في الاجنبي يقتل الامة المغصوبة
بيد غاصبها وقوله وكذلك لو قتل العبد فان اختار تغريمه فكان اقل
من الثمن ففي تعيين مستحقه من المشتري وربه قولان لابن القاسم واشهب
ه يعني ان المشتري من الغاصب اذا قتل العبد المغصوب لغيره فقيمته يوم
قتله فان اخذ ربه القيمة منه وكانت اقل من الثمن فاتفق ابن القاسم واشهب
على ان الغاصب لا يستحق زيادة الثمن على القيمة واختلفا فيمن يستحق تلك الزيادة
هل المشتري او المالك فقال ابن القاسم يستحقها المشتري لان البيع قد
انفسخ بغرم المشتري قيمة ما اشتراه وقال اشهب بل يرجع المالك بتلك
الزيادة على الغاصب ويرجع المشتري بمقدار ما ادى هذا ما ذكره
المولف وهو خارج عما نقله من يعتمد بنقله قال في المدونة ولو كان المبتاع
هو الذي قتلها يعني الامة فلربها اخذه بقيمتها يوم القتل ثم يرجع هو
بالثمن على الغاصب وحكي عن اشهب ان المشتري اذا اشتراها بمائة ثم قتلها
وقيمتها خمسون وغرمه المالك الخمسين القيمة فان المبتاع يرجع على الغاصب
بخمسين بقية الثمن الذي اخذ فيها هكذا ابن يونس هذا القول وظاهره
انه يبقى بيد الغاصب مقدار ما غرمه المشتري للمالك وهو قول مشكل لانه يلزم
عليه ان يبقى للغاصب بقية من الثمن يملكها بغير سبب والله سبحانه اعلم
قال ابن يونس ولو كانت قيمة الامة يوم الغصب مائة وعشرون وباعها
الغاصب بمائة فقتلها المبتاع وقيمتها حينئذ خمسون فاخذ المستحق

قيمتها

قيمتها من المشتري خمسين فليرجع المشتري على قول اشهب على الغاصب
بما غرم وذلك خمسون ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب
وذلك سبعون قلت تامل كلامه فقد ذكر هنا على قول اشهب انه يرجع
المشتري على الغاصب بما غرم وذكر في الصورة التي فوق هذا انه
يرجع بما بين القيمة وتمام الثمن وهو كالمتناقض قال ابن يونس وعلى قول
ابن القاسم يرجع المشتري بثمنه وذلك مائة ويرجع عليه المستحق
بتمام القيمة يوم الغصب وذلك عشرون قال في المدونة عن ابن القاسم
ومن كان قطع المبتاع يدها او فقا عينها فلربها اخذها ويضمن
المبتاع ما نقصها ويرجع المبتاع بالثمن على الغاصب وان شاء ربها اجاز
البيع واخذ الثمن من الغاصب او اغرمه القيمة يوم الغصب [illegible]
وقوله وفي كون الخطا منه كالعمد او كالسماوي قولان ه القول بان
اتلاف المشتري لما استحق من يده خطا يتنزل منزلة العمد هو مذهب اشهب
في المجموعة وربما نوول على المدونة والقول بانه كالسماوي هو مذهب
العتبية والاول اقرب الى قاعدة الضمان والله سبحانه اعلم وقوله
ولا يصدق المشتري فيما لا يغاب عليه ويحلف ثم يغرمه ان شاء ه هذا قوله
في العتبية قال ولو ادعى المبتاع انها هلكت صدق فيما لا يغاب عليه
من رقيق او حيوان ولا يصدق فيما يغاب عليه ويحلف بالله الذي
لا اله الا هو لقد هلك ويغرم قيمته الا ان ياتي ببينة على هلاكه من
غير سببه قال بعضهم اذا صدقناه فيما لا يغاب عليه انما هو ما لم يظهر
كذبه مثل الرهان والعواري وفيه [illegible] ذهب اصبغ الى انه يصدق في
الضياع فيما لا يغاب عليه مع يمينه وحيث ضمناه على المشهور فيما يغاب
عليه فخرج بعض الشيوخ في ذلك قولا بعدم تحليفه وقال [illegible] مثل
هذا لو حلفته على الضياع ما ضمنته وهذا هو الاصل لان فايدة اليمين

اما هي لاثبات صدقه فيما حلف عليه واذا ثبت صدقه وجب اسقاط
الايمان عنه واذا ضاع قبل المشتري في الضياع فانه لا يرجع بالثمن على البايع
منه لان الضياع هاهنا كالهلاك ولا اشكال ان فاعل يحلف من كلام المولف ضمير
يعود على المشتري وفاعل يغرمه يعود على المالك وعليه يعود فاعل يشا
وقوله والمشهور يبدا الغاصب على الموهوب له اذا اتلفه او ابلاه لا اشكال
ان الموهوب له اذا كان عالما بغصب الواهب لما وهبه واتلف ذلك الموهوب ان
المغصوب منه مخير في الرجوع على ايهما شا واما اذا لم يعلم بذلك الموهوب
له حتى اتلفه وهذا هو الذي اراد المولف هنا ففي ذلك ثلاثة اقوال مذهب المدونة
وهو المشهور ان المالك يتبع الغاصب اولا لان الغاصب سلط الموهوب له على
الاتلاف على الا عوض عليه فكانه التزم له الا رجوع عليه وانه يودي عنه
فان كان فقيرا اتبع المالك الموهوب له والقول الثاني لغير ابن القاسم في كتاب الاستحقاق
انه يتبع الموهوب له ابتدا لانه كالمباشر المباشر وقد تقدم ان تضمين المباشر
اولي من تضمين المتسبب وذهب اشهب الي ان المالك بالخيار في اتباع ايهما شا
وهو اختيار ابن المواز وسحنون واذا فرعنا على مذهب اشهب فقال يطالب
الغاصب بالقيمه يوم الغصب او يطلب الموهوب له بالقيمه يوم اتلافه ما
اتلف فان كانت قيمته يوم الغصب عشرين وقيمته يوم الاتلاف ثلاثين
واختار اتباع الغاصب فاخذ منه عشرين لم يرجع على الموهوب له بالعشره
الباقيه واحتج اشهب على ابن القاسم بموافقته اياه على ان المشتري من الغاصب
اذا لم يعلم بالغصب فهو كغريم في ان يتبع المالك ان شا الغاصب وان شا
المشتري اذا اتلف والفرق عند ابن القاسم ان المالك اذا ابتدا بتضمين المشتري
كان للمشتري الرجوع على البايع وهو الغاصب ولا كذلك الموهوب له فانه اذا
اغرم قيمة المغصوب لم يكن له رجوع البته على احد فان قلت اي القولين الباقيين
من الاقوال الثلاثه هو القول الشاذ الذي قابل به المولف القول المشهور قلت

الاقرب

الاقرب انه غير قول ابن القاسم في كتاب الاستحقاق اذ لا اشعار فيه
بالتخيير وقوله فان استحقت الارض ازرعها زرعها بعد ابان الزراعه
فلا شي للمالك عليه زرعها او اكراها يعني ان من بيده ارض بوجه
شبهه يظنها ملكا له اما لانه اشتراها من غاصب لم يعلم بغصبه او اعتقد
انها موات فاحياها ثم ثبت انها ملك لغيره بعد ان زرعها وفات ابان
الزراعه فمنفعتها لهذا الزارع من غير عوض يلزمه في ذلك
وسوا تولي زراعتها بنفسه او اكراها ممن زرعها واما ان كان زارعها
غاصبا فهذا الوجه لم يتعرض المولف لبيانه هنا والكلام فيه يطول
وتقريبه ان رب الارض ان قام على الغاصب بعد الحرث وقبل الزراعه
كان له اخذ الارض بمنفعتها من غير عوض على اظهر القولين في تزويق
الجدار وشبهه وان كان قيامه بعد الزراعه وقبل ظهور الزرع او بعد
ظهوره وقبل ان ينتفع به فله ان يامر الزارع بقلعه او باخذه بغير
عوض ولو اتفق على ابقائه ابقايه في الارض بكرا منع منه ابن المواز لانه
يودي الي بيع الزرع قبل بدو صلاحه وراي ان المالك لما كان قادرا على
اخذه بغير عوض فابقاه لزارعه بكرا كان ذلك الكرا عوضا عنه في المعني
فهو بيع له على التبقيه وخرج بعض الشيوخ في ذلك خلافا من الخلاف
فيمن ملك ان يملك وان كان قيامه بعد ان بلغ الزرع مبلغا ينتفع به
فلا يخرج ايضا في الحراثه كان للمالك ان يامر الغاصب بقلعه وهل له ان يعطي
الغاصب قيمته مقلوعا ويبقيه لنفسه في ذلك قولان والاظهر الجواز وان
كان قيامه بعد ذهاب زمان الزراعه ففي ذلك روايتان مشهورتان احداهما
وهي الاشهر انه ليس له قلعه ولا يجب له الا كرا الارض اذ لا يحصل لرب الارض
بقلع الزرع حينيذ منفعه والروايه الاخري انه مخير في تبقيته على اخذ
الكرا او يامره بالقلع لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق فانفقت

الروايات فهنا ليس للمالك الا الكرا وعن مالك رواية شاذة ان الزرع لصاحب
الارض وعليه ما انفق في ذلك واختارها غير واحد واحتج بما
رواه الترمذي قال النبي صلى الله عليه وسلم من زرع في ارض قوم بغير
اذنهم فالزرع لرب الارض وعليه ما انفقه وقوله فان كان في ابانها
او كانت تزرع بطونا فللمالك الخيار في اجرة المثل من حين وجوبه او نسبة
ما بقي ه يعني فان قام المستحق من يد غير الغاصب وهو الذي حرث او زرع
بشبهة شرا وكان قيامه في ابان الزراعة وهي مما يزرع في العام مرة واحدة
او كانت مما يزرع بطونا فلم يستوف تلك البطون فان للمالك الخيار بين شيئين
احدهما اجرة المثل فيما زرعه المستحق من يده من الوقت الذي وجبت له الارض
فقضي له بها والثاني ان يكون له نسبة ما بقي من مدة الكرا على حساب الكرا الذي
اكراها المستحق من يده اذا كان اكراها لهذا الزرع وهذا الكلام وان
كان ظاهرا في الفقه فهو خلاف ظاهر المدونة وموافق لقول عبد الملك قال ابن
القاسم في المدونة وان كانت ارضا تزرع في السنة مرة فاستحقها وهي مزروعة
قبل فوات ابان الزرع فكرا تلك السنة للمستحق وليس له قلع الزرع لان المكتري
زرع بوجه شبهة وقال عبد الملك ان قدر ما مضى من الكرا يكون للمستحق من
يده يعني في العام الذي قام فيه المستحق وعلى مثل هذا المعنى يكون الحكم اذا
كانت تزرع بطونا هذا ما يتعلق بكلام المولف ولهذه المسالة وجوه تحتمل اكثر
من هذا الكلام وقوله فان غرس او بنى قيل للمالك ادفع قيمته قايما فان ابى
قيل للمشتري او المكتري اعطه قيمة ارضه فان ابى كانا شريكين بقيمة
ارضه وقدر ما يبني به مثلها على الاشهر لا بما زاد ه يعني ان المشتري
الذي لم يعلم بالغصب او المكتري كذلك اذا قام عليهما المستحق واثبت
ملكه بعد ان بنيا او غرسا ولم يرض بامضا الكرا فانه يقال لهذا المالك
ان شئت ان تعطي للباني او الغارس قيمة البنا او الغرس قايما فان ابى من ذلك

قيل للباني

قيل للباني او الغارس اعطه قيمة ارضه براحا لا بنا ولا غراس فيها فان ابى
ذلك كانا شريكين فالمالك بقيمة ارضه براحا واختلف في الباني والغارس على
قولين احدهما ان يكون شريكا بقدر ما يبني به مثل ذلك البنا وهو اشهر القولين
والقول الثاني وهو مشهور ايضا انه يكون شريكا بما زادت قيمة البنا او الغرس
في قيمة الارض براحا وقد اكثر الشيوخ من الاعتراض على هذه المسالة وزاد
المولف في المسالة زيادة توجب اعتراضا اخر غير ما ذكروه وهو اولى بان يبدا به لانه
اخص بكلام المولف وذلك انه خير المالك اولا بين ان يدفع قيمة البنا قايما
وهذا يعطي انه لا يجب على الباني في غير ذلك الا اقل منه ولا اكثر وقال ان
ابى المالك والباني من دفع ما عرض على كل واحد منهما كانا شريكين ويكون الباني
شريكا بقدر ما يبني به مثل الارض وقد علمت انه لا يكون شريكا ويكون
الباني شريكا الا بما وجب له كان رب الارض لا يكون شريكا الا بما وجب له وهو
قيمة الارض الذي عرض على الباني فابى من دفعه والذي تبنى به الارض
مخالف لقيمة البنا قايما وانما تبع المولف بعض الشيوخ ممن استشكل قول ابن
القاسم الذي جعل للباني ان يطلب قيمة البنا قايما وجعله يكون به شريكا
فقيل مراد ابن القاسم بقيمة البنا قايما في الوجهين هو قدر ما يبني به مثلها
لانا ان ابقينا الكلام على ظاهره ادى ذلك الى ان يكون للباني جزء من الارض
وهو موضع اسس البنا لان البنا قوم قايما ولا ياتي قيامه الا في مكان فيعطى
الباني زائد من الواجب له فاجاب ذلك الشيخ بما قلناه وقد ترك المولف هذا الكلام
حيث يكونا شريكين ولم يذكر في اول الكلام المسالة بل جعل للمالك طلب
قيمة البنا قايما وحقه ان يسوي بين اول الكلام واخره فاما ان يبقي الرواية
على ظاهرها في الوجهين اوتيا وليها فيهما وليس لقايل ان يقول انه ابقى الرواية
في اول الكلام على ظاهرها وغيرها في اخره لينبه بذلك على انه اراد
تاويلها فان ذلك لا يدل عليه كلامه مطابقة ولا التزاما وقد جمع المولف المكتري

يكونا شريكين

في هذه المسألة مع المشتري في الحكم وانما يجتمعان اذا لم يرض المالك بتمام
عقد الكرا ولم يرض مع المكتري بهذا قال في المدونة اذا فسخ المستحق الارض
بقية مدة الكرا فانه يعطي للمكتري الذي بني وغرس قيمة بنايه وغرسه
قائما قال ويرجع المكتري الذي بنى وغرس على من اكرى منه بما ينوب المدة
التي فسخ كراها مستحق الارض كما يرجع من اشترى سلعة ما استحقت من
يده بثمنها على من باعها منه واسقط المولف هذه الزيادة لانها معترضة
عند الشيوخ بان المكتري اذا اخذ قيمة البنا قائما بعد فسخ الكرا فقد
اخذ جميع حقه بكل وجه لان معنى كونه قائما باقيا في الارض فكيف يرجع
على المكري بالكرا فيكون قد اخذ حقه مرتين وقد اراد بعض المحققين
من الشيوخ ان يجيب عن الاشكال الذي اورد على ابن القاسم في صدر هذا الكلام
وهو لزوم ادخال شي من الارض في قيمة البنا قائما فاجاب عن ذلك بان مستحق
الارض لما كان قليلا قادرا على ان يلزم الباني والغارس قيمة الارض براحا
فعدل عن ذلك كان رضي منه بان يعطي للباني والغارس قيمة عملهما قائما
لان فعلهما وقع بوجه شبهة فلا سبيل الى اعطايهما قيمة ذلك مقلوعا
وهذا حسن لو كان رب الارض مخيرا في ان يلزم الباني قيمة الارض براحا
ولم يخيروه في ذلك وانما خيروه في شي اخر وايضا فقد يقال ان الباني لما
خير في دفع قيمة الارض براحا فلم يفعل وكان رب الارض اقوى عذرا
من الباني لان الباني تصرف في ملك رب الارض بغير اذنه وجب على هذا التقدير
ان لا يكون للباني الا قيمة بنايه منقوضا لكنهم ارادوا ان يفرقوا في الحكم
بين من بنى متعديا او بنى بوجه شبهة ولهذا يقوى قول من جعله شريكا
بما زادت قيمة البنا في قيمة الارض براحا الا ان هذا القول يضعف من
وجه اخر وذلك ان كثيرا من الاراضي لا يزيد البنا في قيمتها اذ لم تكن مقصودة
عند الناس للبنا غالبا او كان البنا الذي حصل فيها لا يليق بها لذاته فتأمل

هذه

هذه الارض لا يزيد البنا في قيمتها وعلى هذا يكون الغاصب فيها احسن حالا
ممن بنى بوجه شبهة لان الغاصب لا يجد قيمة بنايه منقوضا ولا بد له من
قيمة وان قلت ومن بنى بوجه شبهة قد لا تزيد قيمة الارض لاجل بنايه
كما قلناه والله سبحانه اعلم وقوله وفي الزرع سنين يفسخ او يمضي فان
امضاه فله نسبة ما ينوبه كجمع سلعتين لرجلين ه يعني ان المستحق للارض
اذا قام بعد ان اكراها المستحق من يده للحرث سنين وقد زرعت
سنة مثلا او اكثر من ذلك وانقضى ابان الزراعة فكرا ما زرع للمستحق
منه من يده وما بقي من مدة الكرا يكون المالك مخيرا فيه بين فسخه وامضايه
وهذا ظاهر مما تقدم فاذا امضى الكرا في باقي المدة فلا يكون له ذلك على عدد
السنين بل على حسب ما يراه اهل المعرفة وذلك مجهول القدر للمالك حين
الامضا فاستشكل هذا المعنى غير واحد فاجاب بعض الشيوخ عن ذلك
وهو الذي اشار المولف الى معناه بقوله كجمع سلعتين لرجلين يعني ان
المستحق من يده له ما مضى من مدة الكرا والمالك له ما بقي مما يوخذ من
المكتري فيشتركان فيه ولا تضر الجهالة بقدر ما ينوبه منه كما لا تضر
ذلك في جمع السلعتين في البيع على احد القولين وهذا كانه التزام للاشكال
واجيب عنه بان الخلاف في جمع السلعتين في ابتدا العقد وهو
غرر في اصلها ومسألة الاستحقاق هذه الغرر لاحق لها ولواحق البيع
لا يطلب دفع الغرر عنها وقد يقال على هذا ان مثل هذا الغرر غير
مغتفر كما اذا استحق اكثر السلعة الصفقة في الثياب فقد منع
ابن القاسم من تمسك المشتري بالاقل وان كان غررا لاحقا للعقد ولم
يعتبره ابن حبيب فانظر في ذلك وقوله وتحد الواطئ العالم والولد رقيق
ولا نسب له ه اذا كان الواطئ غاصبا فلا شك في حده وعدم لحاق النسب
والله يلحق لمالك الامر وان كان مشتريا من غاصب وهو عالم بالغصب ففي

معناه الموهوب له في الغاصب وذلك هو مراد المولف هنا الا ان اهل المذهب
قيدوا هذه المسله بان تقوم البينه قبل الوطء على ان الواطي اقر بعلمه ان
الامه مغصوبه او تشهد الان بينه انه اقر عندهم قبل الوطء بعلمه
واما ان لم يكن الا مجرد اقراره الان بانه وطي عالما فقال لا حد لاجل اقراره
على نفسه بالزنا ويلحق به الولد ولا يقبل نفيه له لما تعلق من حق الله تعالى وحق
الولد في ثبوت النسب وهذه احدى المسايل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب
وهي مسايل كثيرة قبل هذا جمعنا منها عددا واظن انا قدمنا شيا من الكلام عليها
في هذا الكتاب ولعل ان ياتي الكلام عليها موضع هو اليق بها من هذا الموضع
وقوله ويغرم عن الجاني له قيمة الولد يوم الحكم ان كان جانيا الا ان
ياخذ فيه دية فيكون عليه الاقل منها او من قيمة الولد جا ه يعني ان من
وطي امه غيره بالملك لم يعلم انها ملك لغيره ولا خلاف في المذهب
ان ولده منها حر لاحق النسب ولا يكون للمستحق الا ام احد الولد واختلف
قول مالك هل له احد الام على ما يقوله المولف الان واما الواجب في الولد
لمستحق الام فقال مالك مره له اخذ قيمته له اخذ قيمته وقال مره اخرى
لا شي له فيه وقال ابو ثور وداود له اخذ ولد الغاره وروي عن عمر وعثمان
رضي الله عنهما انه يقضي له بامثال الولد وروي عن عمر ايضا انه قال في ولد
الغاره عبدان وروي عنه انه قضى فيها في مكان كل عبد عبدان وفي مكان
كل جاريه جاريتان وكتب عمر بن عبد العزيز في ذلك ان يفادى اولاده
بوصيفين احمرين كل واحد باثنين احب اهل الجاريه او كرهوا ومذهب الشافعي
ان من وطي امه بملك اليمين فاستولدها ثم اتى سيدها فاستحقها فانه
ياخذها بعينها وقيمة ولدها يوم ولدا وياخذ من مستولدها مهر المثل
وارش البكاره ان كانت بكرا وقيمة ما استخدمها او قيمة ما عطلها
عن الخدمه ان كان لم يستخدمها لانه يرى ان الغلات ترد في الاستحقاق

من مشتر

من مشتر اغتل بوجه شبهه مثل ما ذهب اليه السيوري قال المولف ويغرم
قيمة الولد يوم الحكم هذا هو المشهور خلافا لما نقوله الان عن المغيره ان
القيمة في الولد يوم الوضع كما حكاه عن الشافعي والاصل ان المال لا يعتبر اخرها
لانها عين شيه والاصل كان في الولد ما قاله المغيره ان يكون قيمته يوم الولاده
لتعذر اخذ عينه على ما اتفق السلف عليه واما قول المولف الا ان ياخذ فيه
ديه فهذا هو ايضا المشهور وعن اشهب ان كان قتل الولد خطا لم يجب للمستحق
في ديه الولد شي وعلى القول الاول لو قام المستحق قبل اخذ الاب الديه من العاقله
كان المستحق ياخذ من العاقله اول النجم في القيمه فان تساويا فحسن وان كانت القيمه
اقل من النجم الاول اخذ الاب باقي النجم وهكذا ياخذ من النجم الثاني ان كانت
القيمه اكثر من النجم الاول فان كان قيام المستحق بعد اخذ الاب جميع الديه
من العاقله لم يكن للمستحق ان يرجع على العاقله وانما يتبع الاب لان العاقله
دفعت لمن يستحق قبض الديه منها وهو الاب وقوله فان اخذها عن عضو
غرم قيمته ناقصا مع الاقل من النقص او الديه ه هذا الفرع مركب من
النوعين اللذين تقدما وذلك ان العضو المقطوع من الولد يتنزل منزلة
الولد لو قتل فيكون في ذلك العضو الاقل من ديته او ما نقصه القطع من
قيمته صحيحا ويكون قيمة الولد مقطوع العضو بمنزله قيمته سالما ثم يضاف
هذا الاقل الى قيمة الولد ناقصا فيكون مجموع ذلك للمستحق وهذا كله على
مذهب ابن القاسم فوق هذا واما على مذهب اشهب هنا كالذي لا يجعل
للمستحق شيا من دية الولد في الخطا فكذا لا يكون له هنا شي من ديه اليد قال
ابن القاسم في هذه المسله وفي التي قبلها وما فضل من الديه يكون للاب وتاول
الشيوخ هذا على ان المراد به ان تلك البقيه ينظر فيها الاب لولده الصغير
وهي مع ذلك من املاك الولد وعلى ما ذكره المولف وذكرناه من قول اشهب
يكون حكم الغره لو ضرب بطن هذه الامه فالقت جنينا ميتا وها هنا تمت

القول الاول في اللازم بسبب الولد وما فرعه المولف عليه ثم ذكر المولف بقيه مافي
المسله فقال وقال المغيره يوم الوضع هذا ايضا من تفاريع القول الاول وقد
تقدم ما ذكرناه من الخلاف في ذلك خارج المذهب ثم قال وكان مالك يستحقها اخرها
ان شا مع قيمه ولدها ثم رجع فقال قيمتها يوم يستحقها ثم رجع فقال قيمتها
وحدها يوم وطيها قال اشهب ثم رجع الى القول الاول ه لما انقضى الكلام
فيما تعلق بالولد من الاحكام اخذ يذكر ما في الامه من الاقوال لمالك رحمه الله تعالى
والقول الاول اختيار ابن القاسم ومذهب كثير من العلما وروي عن علي ابن ابي
طالب رضي الله عنه والقول الثاني هو الذي افتى به مالك لما استحقت ام ولده
ابراهيم وتابعه على هذا جماعه من كبار الصحابه كابن كنانه وابن دينار وغيرهما
ثم رجع الى المذهب الاول كما ذكره المولف قال ابن كنانه وعلى هذا المذهب جماعه
وسبب الخلاف تقابل ضررين ولا يخفى عليك تمام الكلام في التوجيه قال ابن
القاسم في كتاب القسم من المدونه بعد ان ذكر القولين الاولين ولو رضي المستحق
باخذ قيمتها وقيمه ولدها لم يكن للذي ولدها ان يابى ذلك والخير حينيذ في
قولي جميعا على غرم قيمتها وقيمه ولدها يوم الاستحقاق قال اشهب في كتاب
ابن المواز هذا خطا وانما اشتا قول لو قلت بهذا عليه قيمتها يوم احبلها ثم
لا قيمه له في ولدها لانه في ملكه ولد وسيل سحنون في العتبيه عن رجل اشترى
جاريه فاولدها ثم استحقها رجل قد دفعها اليه الذي ولدها ثم اشتراها منه
بعد ذلك هل تكون الجاريه ام ولد له ام لا حتى تولد بعد الشرا فقال ان
كان دفعها اليه بقضا قاض ثم اشتراها فانها لا تكون له ام ولد حتى تولدها
فيما يستقبل وان كان دفعها اليه صلحا عن غير قضا قاض ثم اشتراها فانها
تكون له ام ولد بملكه الاول حين اولدها فان قلت هل الفرق بين القول الثاني
والقول الثالث على ما ذكره المولف مقصور على زمان القيمه لانه قال في القول
الثاني يوم يستحقها وفي القول الثالث يوم وطيها ام بينهما غير ذلك قلت بينهما

فرق آخر اشار اليه المولف بقوله في القول الثالث قيمتها وحدها فقيد الوحده
مقصور على القول الثالث فيكون الواجب على الواطي في القول الثاني قيمتها
يوم وطيها مع قيمه ولدها يوم الحكم وقوله فان وطيها بالملك ثم
استحقت بحريه فقال مالك لا صداق لها واستشكل وخولف والغله منزله
عليه ه يعني ان من اشترى امه فوطيها ثم استحقت بانها حره فاختلف
المذهب هل لها صداق ام لا فقال مالك لا صداق لها وقال المغيره لها الصداق
والقولان في المدونه واختار غير واحد مذهب المغيره لان الوطي انتفاع بغير
مملوك ولا ضمان فيها خلاف من استحقت بملك بعد ان وطيها من كانت بيده فان
ذلك الوطي يجري مجرى غلات المضمون وهذا هو وجه الاشكال الذي اشار
اليه المولف بقوله واستشكل واشار بقوله وخولف الى قول المغيره الذي
حكيناه فان قلت هلا استغنى المولف بقوله وخولف عن قوله واستشكل لان
من خالف قولا لا بد ان يعتقد ان الصواب في مخالفته قلت قد يكون المستشكل
غير المخالف فان الاستشكال انما يكون غالبا من عرض القول على اصول ذلك
القايل فلا تقبله في اصوله والمخالف لقول قد يوافق على اصول ذلك القول
ويخالف في الاجرا عليها وقد يخالف في الاصول التي ينبني عليها القول ويسلم
صحه الاجرا واما قول المولف والغله منزله عليه فيعني به وغله هذه
الامه منزله على الصداق فان قلنا ان لا صداق على الواطي لم يلزمه غله
وان قلنا عليه الصداق لزمه رد الغله وهو ظاهر وان كان بعضهم اسقط
عن المستحق من يده الغله رد الغله والزمه رد الصداق وما قاله المولف
هو مذهب المتقدمين وهو الاظهر وقد ظهر بما قلناه ان الضمير المجرور في
قوله عليه راجع الى الصداق ويحتمل عوده على الخلاف المفهوم من قوله
وخولف والوجه الاول اظهر وقوله وفيها والمتعدي جان والغاصب
لان المتعدي جنى على بعض السلعه والغاصب اخذها لكسر الصحفه

وتخريق الثوب ٥ هذه المسالة ذكرها المولف من المدونة ليتوسل بها الى الكلام
على احكام التعدي وقد قدمنا قبل هذا ان التفريق بين الغصب والتعدي
مشكل فاما ان يكون المولف نسب هذه المسالة الى المدونة لذلك واما ان
ان يكون وهو الاقرب نسبها الى المدونة لان هذا تفريق من حيث الحكم لا من حيث
المعنى وايضا فانه لا يعم صور التعدي الا ترى ان المكتري اذا زاد في المسافة
وكذلك المستعير يكون حكمهما حكم المتعدي لا حكم الغاصب وكذلك من
اودعت عنده دابة او ثوب فاستعملهما فهذا الفرق الذي ذكره عن المدونة
لا يلغى في هذا الموضع ولما كان التعدي عند المولف مقصورا على ما ذكره
او كالمقصور مثله بكسر الصحفة وتخريق الثوب وقوله فان كان فسادا
يسيرا خير ربها بين اخذه وما نقصه وبين قيمته ٥ هذه المسالة مما يفترق
فيها حكم الغصب من حكم التعدي على المشهور وذلك ان العيب اليسير في
الـ... يوجب لتضمين الغاصب ان شاء ذلك رب المغصوب والعيب اليسير في
العيب اليسير في التعدي على المشهور على ما يذكره المولف الان والمشهور
في الفساد الكثير بسبب التعدي هو ما ذكره المولف هنا وقال اشهب وهو
ظاهر ما بالعتق من المدونة ان المتعدي لا يضمن فيه ما نقص واما ان يريد
رب الثوب مثلا تضمينه قيمة الثوب سالما يوم تعدى عليه بالافساد واما ان
ياخذ الثوب على حاله ولا ياخذ ما نقص وهو كان الاولى وقوله قالوا بعد
رفو الثوب وشعب القصعة وضعفه جرت عادة المولف انما ياتي بهذه
الصيغة اعني لفظة قالوا اذا كانت المسالة منصوصا عليها في المذهب للمتقدمين
ثم يستشكلها وليست هذه المسالة منصوصة للمتقدمين وانما ذكر هذا
لبعض الشيوخ وانكره غيره وقال ظاهر نصوصهم خلافه وانه لا يلزم في
العيب الكثير رفو ولا شعب اذ قد يلزم في رفو الثوب اذا كان خرقه كبيرا مثل
قيمة الثوب تجحفا او ما يقاربها ولعل هذا الكلام وما في معناه هو الذي اراده المولف

بقوله

بقوله وضعف واما قول المولف وقال اشهب يخير بغير شي ورجع عنه ابن
القاسم فهو الذي قدمناه فوق هذا ومعنى قوله بغير شي اي لا يلزم المتعدي
ما نقصه العيب وقوله فان كان يسيرا فليس له الا ما نقصه بعد رفوه
باتفاق وتقدم ان مالك يقول ما نقصه ولا يفصل بين قليل ولا كثيره يعني
فان كان خرق الثوب يسيرا فلا يكون لربه الا ما نقصه بعد ان يرفوه المتعدي
والى قوله بعد رفوه يرجع قوله باتفاق اي اتفق على الرفو في هذا القسم
ولم يختلف فيه كما اختلف في القسم الذي قبله اذا كان الخرق كبيرا هل يرفوه
لربه اولا ويحتمل ان يرجع قيد الاتفاق المذكور الى تضمين نقص الثوب
الذي تعدى فيه تعديا يسيرا وقد يتقوى هذا الوجه بان ابن المواز قال في
المتعدي يفسد الثوب فسادا يسيرا الا ما يلزمه الا ما نقصه بعد رفوه قال
ولم يختلف في هذا قول مالك ولا ابن القاسم ولا اشهب كانت جنايته عمدا او خطا
وايضا فقد قال بعضهم لو قال قايل في اليسير انما عليه ما نقصه فقط لم
اعبه لانه اذا اعطاه ما نقصه القطع دخل الرفو في قيمة هذا النقص
لكنه احتج على هذا الحجة غير ظاهره وقوله وسوا الحيوان وغيره
اي في التفرقة بين الفساد اليسير والكثير غير انه لا ياتي فيه الاصلاح كما
ياتي في الثوب والقصعة وهل يتنزل منزلة ذلك اجرة الطبيب والاظاهر
المذهب هنا انه لا يقضى على المتعدي بها وفرق بينهما بان اجرة الرفو معلومة
ويظهر اثرها واجرة الطبيب لا تعلم غايتها وقد لا يظهر اثرها فلم يكلف
المتعدي بها واستغني باغرامه قيمة النقص وقوله والكثير ما افات المقصود
وان كان في الصورة يسيرا كقطع ذنب البغلة واذنها وقطع طيلسان ذي
الهيئة وجبته وعمامته وشبه ذلك ٥ لما قدم حكم الكثير واليسير وان
حكمهما يختلف اخذ يبين ما هو الكثير وبيانه بالمطابقة يستلزم بيان حكم
اليسير والكثير على ما قال هو المفيت المقصود وسواء كان في الصورة كثيرا كالقطع

اليدين والرجلين معا او قطع اليدين خاصه او الرجلين خاصه او فقئ العينين
او كان يسيرا في الصوره وهو كثير في المعنى ومثاله ما ذكره المولف من قطع
ذنب البغله واذنيها وتقييده قطع الطيلسان والجبه والعمامه بان يكون من
لباس ذي الهيبه دليل على ان قطع الذنب والاذنين انما يعتبر في مركوب ذي
الهيبه ايضا ولو اتى بعباره اجلى من هذه لكان احسن فان قلت هل مراد المولف
ان قطع الذنب وحده كاف وان الاذنين كذلك او مراده انما هو الجمع بين
قطع الاذنين مع الذنب قلنا الذي يقتضيه كلامه انما هو ما حصل بسببه
الشين الكثير وقطع الذنب وحده كاف في ذلك وكذلك الاذنين الا ان في
كلام المتقدمين ما يوهم خلاف ذلك قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان
قطع ذنبه وهو فرس او حمار او بغل فاره ضمن قيمه جميعه لانه ابطل الغرض فيه
من ركوب من يركب مثله من ذوي الهيئات خلاف العين والاذن وقاله اصبغ
فقولهم في العين والاذن انما يريدون به العين والاذن الواحده لا المجموع
العينين واما قطع ذلك اعني الاذنين او الذنب من غير مركوب ذوي الهيئات
فليس بمفيت وعليه يحمل ما وقع في كتاب ابن المواز عن اشهب قال واما الدواب
والبهائم فان قطع اليد الواحده يذهب منافعها او رجلها وجب عليه قيمه
الدابه واما فقا عينيها او قطع احد اذنيها او ذنبها او كسرها كسرا ينجبر
فيه فانما عليه ما نقصها وقاله عمر ابن عبد العزيز ومالك وابو الزناد قال مطرف
وابن الماجشون واصبغ لو تعدى على شاه بامر قل لبنها به فان كان عظم ما تراد
له اللبن ضمن قيمتها ان شا وان لم تكن غزيره اللبن فانما يضمن ما نقصها واما
الناقه والبقره فانما فيهما ما نقصهما وان كانتا غزيرتي اللبن لان فيهما منافع
غير ذلك باقيه واما مثال الكثير في الصوره والمعنى فلا يحتاج الى تعدادها
لبيانها بنفسها كفقء عيني العبد او قطع يديه على ما ذكره في كتاب الديات
من المدونه وان كان كلامه في كتاب الغصب قد يوهم خلاف ذلك الا انه مؤول

على الموافقه

على الموافقه واختلف المذهب بعد ذلك هل يعتق هذا العبد على المتعدي او لا
فذهب ابن القاسم واشهب الى انه يعتق على المتعدي وخالف في ذلك مطرف وابن
الماجشون فقالا لا لانه انما مثل بعبد غيره وعندهما ان لو شا ان يمسك العبد
وياخذ ما نقصه لم يكن له ذلك وما ذكره في العتق هو الاصوب لان العتق بالمثله
مشروط بكونه في ملكه ولم يتقرر الملك قبل ذلك وكان ابن القاسم واشهب
عدا الملك سابقا على المثله وقدرا كونهما واقعين معا الا انهما احتاطا
للعتق وقد جرينا في هذا الموضع على عادتنا من الاقتصار على ما يتعلق بكلام
المولف وعلى ذلك نجري فيما ياتي ان شا الله تعالى

السيد

وقوله الشفعه قال غير واحد انها بسكون الفا فقيل ان اصل ذلك من الشفع
الذي هو ضد الوتر لان الشفيع يضم الحصه التي ياخذها الى ما كان ملكا له قبل
ذلك فيصير ملكه شفعا بعد ان كان وترا وقيل من الشفاعه لانه يتشفع بنصيبه
الى نصيب صاحبه وقيل كان في الجاهليه اذا باع الرجل حصته او اصله اتى
المجاور شافعا الى المشتري ليوليه ما اشتراه ويصله بما كان يملكه وهي مجمع
عليها من حيث الجمله وفيها احاديث كثيره ففي الصحيح عن جابر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الشفعه في كل شرك في ارض او ربع او حايط لا يصلح
ان يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع فان ابى فشريكه احق به حتى
يوذنه وفيه ايضا عن ابي هريره قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
الشفعه في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه وفيه
ايضا عن ابي رافع قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بصقبه
وقول المولف في تفسير حقيقه الشفعه اصطلاحا اخذ الشفيع حصه جبرا
بشرا اتى بلفظه اخذ كالجنس لهذا الرسم ولفظه الشريك كالفصل او الخاصه
احترازا من الجار فانه لا شفعه له على ما ياتي وقوله حصه احترازا من ان
ياخذ منه ما ليس بينه وبينه شركه فيه فان الشريك قد يقضى له على شريكه

لحق غير متعلق بالشركة وقوله جبرا احترازا عن محض الشرا الاختياري وقوله شرا ليخرج الاستحقاق وربما اعترض عليه بانه غير مانع لدخول ما ياخذه الشريك من شريكه من الحصص جبرا شرا في الثياب وغيرها اذا كانت لا تنقسم ودعا احدهما صاحبه الي البيع فانه يعرض المشترك بينهما من اجل البيع فاذا وقف على ثمن شا منهما اخذه بذلك اخذه واجيب بانا لا نسلم انه اخذ الا حصة شريكه خاصة وانما اخذ المبيع كله بثمنه غير انه يسقط عنه ثمن حصته ويدفع لشريكه ثمن حصته وليس هذا الجواب بالقوي ولما كانت حقيقة الشفعة عنده هي ما ذكره استلزم ذلك ماخوذا وماخوذا منه وماخوذا به فكانت هذه الثلاثة هي اركان هذه الحقيقة فقال الماخوذ ان كان عقارا منقسما غير منا قل به ولا تابع اخذ اتفاقا ۞ هذا الكلام لخص الصورة المتفق على وجوب الشفعة فيها للشريك وهو مشتمل على قيود القيد الاول ان يكون الماخوذ عقارا واختلف العلما في غير العقار هل تتعلق به شفعة فالجمهور على ان لا شفعة فيه وذهب بعض المكيين الي وجوب الشفعة في ذلك وحكاه بعض الحكايين عن مالك والمالكية انكروا نسبة هذا القول الي مالك حتي قال بعض الشيوخ لعله راي قول مالك في الحائط يباع شقص منه وفيه الحيوان والرقيق ان الشفعة في جميع ذلك فظن انه يري الشفعة في الحيوان والرقيق قال ويكون راي قوله في الثوب المشترك وغيره من العروض وكذا الصورة التي قدمنا ذكرها في الاعتراض على رسم الشفعة واحتج الجمهور بما رواه جابر ابن عبد الله قال انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة قال ابن حنبل هذا اصح حديث روي فيه واحتج الاخرون بما رواه الترمذي عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشريك شفيع والشفعة في كل شي قال بعضهم يروي مرسلا وهو اصح والقيد الثاني ان يكون

العقار

العقار منقسما اي قابلا للقسمة وقد تقدم لنا في غير هذا الموضع ان لفظة انفعل وما تصرف منها انما تستعمل فيما هو حاصل بالفعل لا فيما هو قابل للحصول وسياتي الكلام على الخلاف الذي يدل عليه هذا القيد والقيد الذي بعده وهو كونه غير منا قل به حيث يليق به من كلام المولف واما القيد الرابع وهو قوله ولا تابع فظاهره ان الصفقة اذا كانت تشتمل على غير عقار وعلى عقار لكن العقار تابعا لما ليس بعقار فانه لا شفعة في ذلك العقار اما باتفاق في المذهب او باختلاف وهذا ليس بصحيح فان مثل هذه الصور متفق على وجوب الشفعة فيها فيما اعلمه وانما يريد بهذا الكلام اخراج الصورة التي يذكرها بعد هذا المختلف فيها وهي الانقاض في الارض المحبسة او المعارة فانه يقول وان لا يكون البنا الذي هو من جنس ما فيه الشفعة لكونه مشتركا تابعا للارض التي لا شفعة فيها المانع منع من ذلك اما لكونها غير مشتركة او لغير ذلك وقوله والشجر والبنا والبير ومحل النخل تبع ۞ هذه التبعية مخالفة للتبعية التي ذكرنا الان معناها ومعني هذه ان البنا والشجر وما يشبههما وان كانا ليسا من جملة الارض ولكنهما لشدة اتصالهما بالارض صارا كالجزء منها فاذا بيعا مع الارض في صفقة واحدة وجبت الشفعة في الجميع بخلاف انضمام الثوب وشبهه للارض في صفقة التبايع واما البير ومحل النخل فلا احتياج الي ذكرهما لخصوصيتهما لان البير جزء من الارض ومحل النخل نوع من الشجر وانما يختصان بحكم اخر وهو اذا قسمت الارض وبقي محل النخل او البير مشتركا فقال في المدونة في مسالة الما اذا قسمت الارض وبقي الما ثم بيع انه لا شفعة فيه وقال في العتبية فيه الشفعة واختلف الشيوخ هل ذلك خلاف او اختلاف قول والي الاول ذهب سحنون وابن لبابة واختلفا في تاويل الجمع فقال سحنون معني المدونة انها ابار كثيرة وقال ابن لبابة معني مسالة المدونة انها بير لا فنا لها ومعني العتبية لها انها بير لها فنا

ابار بواحد ومعنى ما في العتبية

وارض مشتركه يكون فيها القلد وقال الباجي انه اختلاف قول وهو الذي حكاه
ابن رشد عن الشيوخ وان اختلفوا في سبب الخلاف فقال الباجي انه جار على الخلاف
في الشفعه فيما لا ينقسم كالنخله والشجره وقال غيره من الشيوخ انه جار على
اختلاف قول مالك فيما هو متعلق بالارض ومتشبث بها كالنقض والنخل اذا
كانا دون الارض وكالما وهو اختيار ابن رشد والضمير المجرور راجع الى المبيع
او الى العقار الموصوف بالصفات المذكوره وقوله وفي تبعيه حجر الرحا
قولان قال ابن القاسم حجر ملغى وقال اشهب لم يصب من قال لا شفعه فيه ●
القولان معا لمالك روايه ابن القاسم عنه في المدونه وهي التي قال بها ابن القاسم
وروايه ابن وهب عنه هي مثل قول اشهب ولابن القاسم ايضا قول اخر مثل قول
اشهب ومعنى قوله هنا الحجر ملغى اي لا شفعه فيها وظاهره لا فرق بين الحجر
العلي والسفلي وهو تاويل اكثر الشيوخ عليه وقال بعضهم الخلاف انما هو
في العلي والسفلي تابعه له على القولين ولو اقتصر المولف على ذكر القولين
ولم يذكر القايلين لتبادر لفهم الناظر في كلامه ان ابن القاسم يقول بثبوت الشفعه
في هذا الفرع وان اشهب يقول بنفيها هكذا عادته في هذا الكتاب لكن لما
فسر كلامه تبين ان الامر على العكس واستغنى في كلام ابن القاسم بذكر
سبب الحكم عن بيان ذلك الحكم ما هو وذلك ان قوله الحجر ملغى معناه انه لا شفعه
في الرحا لانها حجر ملغى قال في المدونه ولو بيعت معها الارض او البيت الذي
نصبت فيه ففيه الشفعه دون الرحا خصه ذلك قال وسوا اجراها الما
او الدواب ويقول اشهب قال عبد الملك وابن المواز قال المولف عن اشهب لم
يصب من قال لا شفعه فيه والاقتصار على هذا الكلام لا يفيد سوى ان
ان اشهب يثبت الشفعه في الرحا وانما قال اشهب لم مضافا الى ذكر
حجته التي احتج بها قال اشهب في كتاب ابن المواز ورحا الما والدواب
سوا نصباها فيما يملكان وان باع احدهما حصابته فلشريكه الشفعه

اذا

وان شا

وان شا فسخ بيعه الا ان يدعوه البايع الى المقاسمه فلا يفسخ حتى يقاسمه
فان صار موضع الرحا للبايع جاز بيعه وان صار لشريكه انتقض بيعه
قال ولم يصب من قال لا شفعه فيه في الرحا ولم يجعله كالبنيان ولهي عندنا
في البنيان اثبت من الابواب التي اذا شا قلعها بغير عرم وان شا ردها
بغير مونه ثم فيها الشفعه ان بيعت مع الدار ووحدها وان الشفعه
لتكون في جديد الحايط ورفيقه فكيف لا يكون في الرحا فلهذه الحجه كان
ينبغي ان يشير المولف وتامل لم جعل اشهب للشريك فسخ البيع بعد وقوعه
وقوله والثمر تبع للشجر ما لم يستغن بخلاف الزرع ● معنى هذا الكلام ان
من اشترى نخلا لا ثمر فيها ثم قام الشفيع وفيها ثمر فانه ياخذها مع الاصل
ما لم تستغن عن السقي واما الزرع في هذا اذا اشترى الارض ثم زرعها فانه
ياخذ الشفيع الارض بزرعها ما لم يوبر واما ابر لم يكن له الا اخذ الارض
وحدها ولعل السبب الذي لاجله افترق الحكم ان الثمر يكون عن غير كبير علاج
بخلاف الزرع فانه اكثر علاجا مع احتياجه للبذر وهذه المساله تحتاج الى
تفصيل وفي بعض وجوهها خلاف وقد اختلف طرق الشيوخ في نقلها فمنهم
من اجحف في اختصارها كالقاضي عبد الوهاب والمولف ومنهم من اطال جدا
فلناتي بكلام متوسط في ذلك مستلزم للفرع الذي ذكره المولف اثر هذا
وذلك ان المشتري اذا اشترى النخل ولم يكن فيها ثمر فقام الشفيع قبل الابار
فان للشفيع الثمره مع الاصل قال بعض الشيوخ ولا خلاف في ذلك وان جا
وقد ابرت او ازهت فله اخذ الثمره مع الاصل عند ابن القاسم وقال اشهب
ان اشتراها ما بوره او غير ما بوره ثم ابرها المبتاع فان الشفيع ياخذ
الاصل دون الثمره لان الشفعه بيع وما بور الثمره للبايع وهذا القول
ذكره في المدونه عن بعض المدنيين وحيث علمنا ان الثمر تبع لاصله في هذا
الفرع فقال ابن القاسم ياخذ الاصل وثمرته بالثمن وعليه ما انفق المشتري

فيما سقى وعالج وقال اشهب ياخذ الثمره بقيمتها على الرجا والخوف ولو قال قايل
فيه قيمة ما انفق لم ار به باسا وقال عبد الملك وسحنون ليس على الشفيع
شي الا الثمن لان المنفق انفق على مال نفسه ولا مرجع الا باله عين قايمه قال
ابن القاسم واذا فاتت الثمره باليبس او الجداد فان الشفيع ياخذ الاصل
بجميع الثمن ولا يوضع عنه شي للثمره ولا حصة للثمره من الثمن يوم وقعت
الصفقه ولو كانت الثمره مابوره يوم الشرا فقال بعض الشيوخ على قول ابن
القاسم يثبت فيها حكم الشفعه ما لم تيبس فاذا يبست فلا شفعه فيها
ويقسم الثمن على الاصل والثمره فما كان للاصل اخذ به الشفيع وان اشتراها
مزهيه فقال اشهب للشفيع اخذ الاصول دون الثمره ثم اختلف المذهب في هذا
القسم هل يفوت الثمره اولا على قولين احدهما ان الثمره تفوته والثاني انها لا
تفوت وترد المكيله او القيمه او الثمن وهو قول اشهب واذا قلنا انها تفوت
فقال مره تفوت بالجدا واليبس وقال مره لا تفوت الا بان تجد ولا يعرف
كيلها او تجد قبل طيبها واذا فاتت فماذا للشفيع فقال مالك يحط عنه ما ناب
الثمره وقال ابن الماجشون لا يحط عنه من الثمن شي واما الزرع فقالوا ان
من اشترى ارضا غير مزروعه فزرعها وجا الشفيع قبل ان ينبت الزرع
اخذها بزرعها وان نبت اخذ الارض دون الزرع فان اخذ الشفيع الارض
بزرعها لانه لم ينبت فلياخذها بالثمن وبقيمه الزرع على الرجا والخوف
قاله محمد ولو قال قايل ياخذها بالثمن وبما انفق لم اعبه بل هو اقيس
واستحسن الاول وقال محمد بل ياخذها بالثمن وبقيمه ما انفق من البذر والعلاج
وقال ابن القاسم ياخذ الزرع والارض بالثمن والنفقه كمن اشترى نخلا
لم يوبر فاخذ الشفيع بعد الابار واما ان اشترى المشتري الارض بزرعها
فجا الشفيع قبل ان ينبت الزرع فقال الباجي فعلى مذهب ابن القاسم لا
شفعه في الزرع جمله وعلى مذهب اشهب فيه الشفعه قال ويحتمل قول

ابن القاسم

قول ابن القاسم وجهين احدهما انه ياخذ بالشفعه الارض وان لم ينبت الزرع
فعلى قول من اجراها مجرى البيع فاذا جا الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعه
في الزرع عند ابن القاسم وقال اشهب في الموازيه له الشفعه وقد نبت الزرع ولا
شفعه اذا قام والزرع اخضر في الارض والزرع جميعا بل ليس له الا ذلك
وقال ايضا في موضع اخر له الشفعه في الارض دون الزرع وانكر سحنون قول
اشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم وقوله وفي سقيها واصلاحها قولان
تقدم الان ما يوخذ منه هذان القولان وما مقدار الواجب في ذلك على القول
بانه يجب عوض في السقي والاصلاح وقوله وفي الثمار والكتابه واجار الارض
للزرع قولان اما الثمار فالقول بثبوت الشفعه فيها لمالك وابن القاسم واشهب
ومعظم اصحاب مالك قال اشهب لانها تنقسم بالحدود كما تنقسم الارض قال
بعض الشيوخ يريد اذا قسمتا في النخل قبل الجد لاختلاف اغراض اهلها وروى عن
مالك وهو مذهب ابن الماجشون انه لا شفعه فيها وهو الاظهر لان الحدود
والطرق لا تنتهيا فيها على نحو ما تنتهيا في العقار وما قاله اشهب فيه تكلف
والله سبحانه اعلم واذا فرعنا على القول الاول فقال ابن القاسم في المدونه للشفيع
الشفعه ما لم تيبس الثمره وروى اشهب عن مالك ما لم تزايل الاصل وعن اشهب
ايضا اذا قسمت الارض دون الثمره ثم باع احدهما حظه من الثمره بعد الطيب فلا
شفعه فيها قال والثمره هنا كالبير بعد قسم الاصل لا شفعه فيها قال ابن القاسم
عن مالك الشفعه في العنب قال ابن القاسم وكذلك المقاثي لانها ثمره ولا شفعه في
البقول قال الباجي يريد ان كان ما له اصل يجنى ثمرته مع بقايه ففيه الشفعه
وروى ابن القاسم انه لا شفعه في الزرع لانه لا يحل بيعه حتى ييبس قال بعضهم
يتخرج فيه الخلاف على قول من اجاز بيعه اذا افرك وعلى من يرى العقد فيه
فوتا اذا وقع قلت انما يتم هذا التخريج اذا كان من مذهب من اجاز بيعه اذا افرك
الشفعه في الثمار وفي المحتمل ان يقول بجواز بيع الزرع اذا افرك ولا يقول من

مذهبه جريان الشفعه في الثمار وذلك يقال على مذهب من يرى عقد البيع
فيه قويا فتامله واما الكتابه فليست من هذا المعنى اعني ان احد الشريكين
يدخل على الاخر فليس ذلك مذكورا هنا وانما الذي قيل في المذهب ان المكاتب
يكون احق بكتابته اذا بيعت كلها هكذا قاله في سماع اشهب لانه يعتق قال
واما ما لا يعتق به فلا يكون احق به لانه لا يرجع الى حريه ومن هذا المعنى
ما في العتبيه وكتاب ابن المواز في حرله امراه ثلثها حر وباقيها رقيق وولدها
منه كذلك واراد المولى بيعها فطلب الزوج احدها فذلك له قال لان فيه منفعه
الابن فليباع عليه وذكر ابن حبيب عن ملك في امه تحت حرله منها اولاد وهي
حامل فبيعت مع ولدها ان الزوج احق ان شا ذلك بما فعلوا وقاله
اصبغ ومثل هذا في العتبيه قال ابن رشد ولو لم يكن له منها ولد لكان
المشتري اولى قال والحامل مثل ذات الولد قلت وهذا والذي فوقه من مسلة
الكتابه خارج عن الشفعه كما قلنا وانما يشبهه ما وقع لهم في بعض الاقاويل
في الدين وقد قال ملك لا شفعه في الدين وقد قال ايضا في المجموعه فيمن باع
دينا له على رجل فلا يكون من هو في ذمته احق به بالشفعه وبيعه نافذ
الا ان يجري على ضرر ببيعه من عدوه ونحوه قال ابن المواز ولم يقل احد
ان في الدين الشفعه ولكن الذي هو عليه احق به للضرر ومثله عن اشهب قال
ملك في روايه ابن القاسم انه لحسن ان يكون احق ولا يقضى بذلك وروى
عبد الرزاق عن عمر ابن عبد العزيز ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعه
في الدين وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين
احق به اذا ادى مثل الذي ادى ... وليس في قول المولف
واجاره الارض للزرع دليل على خصوصيه هذه الصوره بالخلاف في
ثبوت الشفعه فيها بل ذلك عام في كرا العقار لكن مذهب ابن القاسم سقوط
الشفعه في الكرا وهو قول المغيره وعبد الملك وقال اشهب ومطرف واصبغ

فيه الشفعه

فيه الشفعه وهو عن ابن القاسم ايضا والقولان مرويان عن ملك وهذا الفرع
مما يصحح اطلاق الشفعه عليه عند من اثبتها خلاف ما تقدم من مسلة الكتابه
واختلف ايضا في المساقاه كما اختلف في الكرا والاقرب في هذه المسايل على اصل
المذهب سقوط الشفعه فان الضرر اللاحق بسبب المشاركه فيها قاصر عن الضرر
اللاحق في المسايل المتفق على ثبوت الشفعه فيها وقد ظهر لك من جمع المولف
المسايل الثلاث في هذا الموضع ونقله قولين في الجميع انه انما يعتبر جمع
الاقوال وحدها دون القايلين الا ترى ان من اثبت الشفعه في الصوره الاولى
لا يثبتها في الباقيتين وكذلك من يثبتها في الثالثه قد لا يثبتها في الاولى والثانيه
وهكذا يفعل جماعه من المتاخرين وهو خلاف التحقيق والله سبحانه اعلم
وقوله وفي البنا القايم في ارض الحبس او العاريه على جواز بيعه قولان
يعني ان البنا اذا كان بين شريكين مشاعا ولا ملك لهما في العرصه فباع
احدهما الشريكين فهل للثاني منهما شفعه على المشتري في ذلك قولان
ومذهب المدونه ثبوت الشفعه من حيث الجمله وجريان الشفعه في هذا
الفرع اقوى منه في الثمار وهكذا هذا كله انما فرع على جواز البيع في هذه
الصوره والا فالجهاله ظاهره فيه من حيث ان مالك الارض مقدم على
المشتري وهذه الجهاله هي التي اشار اليها المولف بقوله ويقدم المعير
بالاقل من قيمه النقض والثمن فان ابى فللشريك بالثمن ومسايل هذا الفصل
محتمله لا طول من هذا الكلام وكتابا الشفعه والقسمه من المدونه متكفلان
بذلك وقوله وفي غير المنقسم كالحمام ونحوه قولان بنا على انها للضرر
الشركه او لضرر القسمه تقدم التنبيه على استعماله لفظ المنقسم في
قابل القسمه والقولان المذكوران منصوص عليهما وفي المدونه ما يدل على
كل واحد منهما واما ما ذكره في سبب القولين فمعناه ان الشفعه في العقار انما
شرعت لرفع الضرر لكنه اختلف هل المراد رفع ضرر الشركه والحمام والماجل

والنخله الواحده وشبهها مشترك فوجب اجرا الشفعه فيه او المراد رفع
ضرر القسمه بخصوصيته لان لاحد الشركا ان يطلب الباقين بالقسمه فاذا اشترى
اجنبي من احدهم خشي الباقون ان يدعوهم المشتري الى القسمه وقد يكون
ذلك مضرا بهم او باحدهم فشرعت الشفعه لرفع هذا الضرر والاول
اولي لانه ثبت الغا هذا المعني في قابل القسمه من حيث هو هو الا انه لا يقبلها
لاجل كثرة الشركا فلو قل عددهم حتى كانوا اثنين مثلا لامكن اقتسامه
لهما وتنازع المذهبان فهم قوله صلى الله عليه وسلم الشفعه فيما لم يقسم
هل هذا النفي عام في قابل القسمه وغير قابلها او هو مقصور على ما هو قابل
القسمه لقوله في اخر الحديث فاذا ضربت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه
ولا حدود ولا طرق في النخله وشبهه وايضا فان نفي الصفه عن الذات
يستدعي قبولها واجيب بان قوله اولا الشفعه فيما لم يقسم محمول على جنس
العقار فكانه يقول هذه الماهيه محل للشفعه لا يخرجها عن ذلك الا ضرب
الحدود وصرف الطرق فاذا حصل هذا الوصف خرجت عن ذلك وان كان
هذا الوصف لا يوجد الا في بعض افراد تلك الماهيه واما قولهم ان نفي
الصفه عن الماهيه يستلزم قبولها للاتصاف بها فممنوع وسنده قوله
تعالى لا تاخذه سنه ولا نوم وقول يوسف عليه الصلاه والسلام اني تركت
مله قوم لا يومنون بالله وهم بالاخره هم كافرون الى غير ذلك وقوله ومن
المناقل به وهو حصته بحصه او دارا وزياده ثالثها ان علم القصد
بالمسكن فلا شفعه ورابعها ان ناقل بحصته حصه لبعض شركايه فلا
شفعه ⊙ القول بوجوب الشفعه في هذه الصور هو ظاهر قول مالك وابن
القاسم وهو الاظهر لكن شرع الشفعه انما كان لرفع الضرر وفي ايجابها
في هذه الصوره احداث ضرر اشد من الضرر الناشي عن اسقاطها وهو
الذي راعاه في القول الثالث وهو مروي عن مالك ايضا وغيره من المدنيين

والقول

والقول الرابع قريب منه وهو مذهب مطرف وابن الماجشون وهو حسن وقوله
ولا شفعه فيما عداه من حيوان وعرض وممر ومسيل ما ⊙ تقدم ما نقله بعض
الحاكين عن مالك من وجوب الشفعه في الحيوان وذكر وقفت في بعض تواليف
الحنفيه على وجوب الشفعه في السفن لانها تشبه الربع حكايه منهم
عن مالك وكل هذا لا تصح نسبته الى المذهب نعم تجب الشفعه عند اهل
المذهب كما قدمنا في رقيق الحايط ودوابه على ان بعض الشيوخ خرج في
ذلك خلافا من الخلاف في حجر الرحا هل فيها شفعه كما تقدم واما
الممر ومسيل الما فلا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخله
الواحده وشبهها وروى ابو بكر بن ابي شيبه عن ابن ابي مليكه قال قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعه في كل شي الارض والجاريه
والخادم فقال عطا انما الشفعه في الارض فقال له ابن ابي مليكه تسمعني
لا ام لك اقول قال النبي صلى الله عليه وسلم وتقول مثل هذا قال بعض الشيوخ
هذا يصح مرسلا هكذا ومن قال بالمراسيل فيلزمه ان يقول بمقتضاه وقوله
وتسقط بصريح اللفظ ومعناه كالمقاسمه والسكوت وهو يبني ويهدم
ويغرس ⊙ يريد وتسقط الشفعه اي يعلم ان الشفيع اسقط حقه فيها اما
بصريح اللفظ ولا شك فيه كقوله اسقطت حقي في الشفعه او غير ذلك من
اللفظ الصريح وليس هذا هو المقصود الاهم من كلام المولف هنا وانما
مقصوده ما بعده وهو ما ينزل منزلة الصريح نعم ان سلم على صفه
ثم تبين خلافها لم يلزمه قال ابن القاسم في المدونه واذا اخبر الشفيع
بالثمن فسلم ثم ظهر ان الثمن دون ذلك فله الاخذ بالشفعه ويحلف ما
سلم الا لكثره الثمن وعندا شهب لا يمين عليه وهذا الخلاف على الخلاف
في توجيه يمين التهمه قال ابن القاسم وان قيل له قد ابتاع فلان نصف
نصيب شريكك فسلم ثم ظهر انه ابتاع جميع النصيب فله القيام ايضا

في شفعته فلا يلزمه تسليم النصف الذي سلم قال ابن المواز يلزم الشفيع
تسليم النصف وياخذ النصف الاخر بالشفعة او يسلمه وهو قول اشهب
قال ولو كان حين قال له ابتاع فلان النصف قال انا اخذ ثم ظهر انه ابتاع الجميع
فله اخذ باقيه فان ابى فالمبتاع مخير ان يقول له خذ النصف او خذ الجميع قال ابن
القاسم فان قيل له ابتاعه فلان فسلم ثم ظهر انه ابتاعه مع اخر فله
القيام واخذ حصتهما ولا يلزمه التسليم للواحد وقال اشهب يلزمه التسليم
للذي سلم له وياخذ حصة الاخر ثم تكون الحصة التي سلمها اولا بين المشتريين
لانهما اشتركا في شرايها صفقة واحدة ان رضيا بالتمسك بما سلم ويكون عهدته
عليهما لانهما فيها احد وان شا الزماه اخذها سلما او سلم لهما جميع الشرا قال
ابن القاسم واذا قال الشفيع بعد الشرا اشهدوا اني قد اخذت بشفعتي ثم
رجع فان علم الثمن قبل الاخذ لزمه وان لم يعلم به فله ان يرجع وقال اشهب
وان لم يعلم الا بعد اخذه فعلم به فرضي لم يجز وفسخ ذلك ثم يكون له
الشفعة بعد الفسخ قال ابن القاسم واذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع
فلا قيام له علم بالثمن او جهله قال ابن يونس الا ان ياتي من ذلك ما لا يكون ثمنا لمثله
لقلته فلا يلزمه تسليمه قلت هذا لا نظر فيه فيحتمل ما قاله ويحتمل ان يقال
تسليم الشفيع الشفعة قبل سواله عن الثمن دليل على ارادته الاسقاط على
كل حال واحتج هذا الشيخ لصحة قوله بان ابن القاسم قد قال في كتاب ابن المواز
في الشفيع يقال له قد اشترى الشقص بجارية او عرض ولم توصف فيسلم ثم
يظهر ان الثمن دنانير فلا حجة له الا ان ياتي من ذلك ما لا يكون مثله ثمنا
لما سمي من جارية او عرض لقلته مثل دينار او عشرين درهما فله الاخذ
ولا يلزمه تسليمه وهذا الاحتجاج قد يظهر لولا ان ابن القاسم قد قال في المحجور
او المريض يبيع الشقص بمحاباة ان بيعه جائز والمحاباة في ثلث المريض وللشفيع
اخذه بالشفعة بذلك الثمن الا ان يبيعه بما لا يشبه ان يكون ثمنا لقلته فلا

يكون فيه شفعة صحيحا كان او مريضا واما مقاسمة الشفيع للمشتري ما اشتراه
فدليل ظاهر على اسقاط حقه فان قلت قصارى المقاسمة ان تنزل منزلة البيع
وقد اختلف في بيع الشفيع الشقص الذي يستشفع به هل يكون ذلك
مسقطا لشفعته قلت فعله مع المشتري اقوى في الدلالة على الرضا
من فعله مع غير المشتري ولا يلزم من عدم دلالته على الرضي اذا باع من
غير المشتري ان يكون بيعه او مقاسمته للمشتري كذلك قال بعض الشيوخ ولا
خلاف في هذا الوجه ولا في الذي قبله يعني اذا اسقط الشفيع حقه بالمقاسمة
او بصريح القول واما مقاسمة الشفيع لغير الشريك ففي المدونة عن مالك
من اشترى شقصا من دار له شفيع غايب فقاسم الشريك ثم جا الشفيع فله
نقض القسم واخذه اذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه وقاله ابن
القاسم واشهب وفي كتاب محمد مثل ذلك وان كانت المقاسمة من السلطان قال
اشهب وانه لياخذ بالقلب ان ليس له رد القسم لانهم قاسموا من يجوز قسمه
وقال سحنون ينقض القسم وللشفيع اخذها وقع للمبتاع في القسمة بالشفعة
ومنع بعض الشيوخ من مقاسمة المشتري اذا كان الشريك غايبا لدخول
المشتري على ان للغايب حقا في الاخذ بالشفعة فكيف يقاسم واما سكوت
الشفيع عن المشتري وهو يراه يبني ويهدم ويغرس فاشار بعض الشيوخ الى
ان المذهب اختلف في دلالة ذلك على اسقاط الشفعة ولم يبين صورة الخلاف
فيه هي والاقرب ان ذلك دليل على الرضي بالاسقاط ولا سيما مع طول المدة وقوله
وذلك شراوها ومساومتها ومساقاتها واستيجارها خلافا لاشهب لما قدم
المولف الكلام على الوجوه التي تسقط الشفعة بالاتفاق فيما يعتقده اتبع ذلك
بالوجوه المختلف فيها فذكر منها الشرا وهو بعيد ولا يتصور فيه اختلاف
لانه اذا اشترى منه فان شفع بالصفقة الاولى فذلك يستلزم فسخ الثانية
مع ابطال الصفقة الاولى ودليل الرضي بها موجود وان شفع بالصفقة

الثانيه فقد ابطلها ايضا ولا فايده في الاشتغال عن الشرا الثاني الي الشفعه
بثمنه ولم اقف على الخلاف في ذلك سوا ما حكاه ابن شاس واياه تبع المولف والله
سبحانه اعلم واما المساومه فعدها ابن القاسم دليلا على الرضي باسقاط
الشفعه ولم ير ذلك اشهب وهو اصلهما في الرد بالعيب والخيار وشبههما
وينبغي ان ينظر في ذلك الي ما تقتضيه القراين بحسب الوقايع فللقراين
دلالات لا تنضبط الا بعد وقوعها واما عقد المساقاه والاجاره فان كان
لا ينقضي الا بعد ان يتم الاجل الذي تنقطع فيه الشفعه فقال بعض
الشيوخ لا يختلف ان ذلك مسقط للشفعه وان كان لا يبلغه فذلك محل
الخلاف وان كان الكرا انعقد بين المشتري وغير الشفيع فاختلف الشيوخ
الاندلسيون هل للشفيع ان ينقض العقد او لا ينقضه او يفرق بين
الاجل القريب والبعيد وعلى تقدير انه لا ينقضه فالكرا للمشتري والقول
بانه لا ينقض عقد الكرا هو الذي تدل عليه المدونه عندهم والضمير المضاف
اليه شراوها عطف عليه راجع الي الحصه وقوله وفي بيع الحصه
المستشفع بها قولان اختلف قول مالك اذا باع الشفيع الشقص الذي
تجب له الشفعه وظاهر كلام ابن القاسم التفرقه بين ان يبيعه وهو عالم فالشفعه
له وان باعه عالما فلا شفعه له واختار غير واحد سقوط الشفعه قال
اشهب وهو احب الي وراوا ان الشفعه انما وجبت للشفيع لرفع الضرر
واذا لم يبق له شرك في العقار فلا ضرر عليه فلا شفعه له قال ابن
ميسر لا شفعه له الا ان يبقي له بقيه اخري لان الشفعه انما تكون تدخل
من تضييق الواسع وخراب العامر وقال الشيخ اللخمي واختلف بعد القول ان
الشفعه تسقط اذا باع بعض نصيبه هل تسقط من الشفعه بقدر ما
باع قال واري ان يستشفع الجميع لان الشفعه تجب بالجزء اليسير في الجزء
الكثير وقوله وفي ترك القيام مع علمه حاضرا فالها تسقط بعد مضي

الشفيع

غير

مده طويله قيل سنه وقيل فوقها وقيل فوق ثلاث وقيل فوق خمس يعني ان الشفيع
والمشتري اذا كانا حاضرين فاختلف المذهب هل يكون سكوته عن القيام بالشفعه
دليلا على اسقاطها او لا على ثلاثه اقوال الاول ان ذلك دليل على الاسقاط وهو
ظاهر ما في كتاب ابن شعبان عن ابن وهب والثاني ان ذلك لا يكون دليلا عليه وهو
محكي عن مالك والثالث التفصيل بين الامد اليسير فلا يكون دليلا على الاسقاط
او الامد الكثير فيكون دليلا على ذلك وهو المشهور والى القول الاول ذهب
ابو حنيفه والشافعي لما روي من حديث ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا شفعه لغايب ولا لصغير ولا لشريك على شريكه اذا
سبقه بالشرا والشفعه كحل العقال لكنه حديث ضعيف الاسناد واما القول
الثاني فراي انها لا تسقط بطول الزمان اذا لم يصحب ذلك دليل من الدلايل
السابقه كما في ساير الحقوق الماليه والقول الثالث اقرب الي قواعد المذهب فاذا
فرعنا عليه فذكر المولف اربعه اقوال في الحد الذي يفصل فيه بين الامد القصير
والطويل وهو بين التصور ولا خفا ان اظهر هذه الاقوال انما يتبين عند
نزوله وبحسب ما يصحبه من القراين وما يتجرد عنها وبهذا يظهر ضعف قول
اشهب اذا غربت الشمس من اخر ايام السنه فلا شفعه له وقال اشهب عن مالك
السنه قريب وقال ابن القاسم عنه السنه والسنه قريب وقال ابن ميسر ما قارب
السنه داخل في حكمها وقال مالك في المدونه اذا جاوز السنه بما يعد به
تاركا لشفعته فلا شفعه له وقال ايضا والشفيع على شفعته حتى
يترك او ياتي من طول الزمان ما يعلم انه تارك لشفعته واذا علم بالشرا
فلم يطلب شفعته سنه فلا ينقطع ذلك شفعته وان كان قد كتب شهادته
في الشرا ولم ير مالك الشفعه الاشهر ولا السنه بالكثير الا انه اذا تباعد
هكذا يحلف ما كان وقوفه تركا لشفعته قال بعض الشيوخ ان لم يكتب الشفيع
شهادته وقام لمثل الشهرين فانه له الشفعه دون يمين وان لم يقم الا بعد

سبعة اشهر او تسعة اشهر او سنة وعليه اليمين وان كان اكثر من ذلك فلا
شفعة له يريد على ما مضى عليه عمل جماعة من اهل المذهب في الزائد على السنة
قال وان كتب شهادته وقام بقرب ذلك كعشرة ايام ونحوها فعليه اليمين وان
كان بعد الشهرين فلا شفعة له قال واذا قال لم اعلم بالشفعة فعليه اليمين ولو
بعد اربع سنين حاضرا بالبلد قاله ابن عبد الحكم وقوله والغايب على شفعته
ما لم يصرح فاذا قدم فكالحاضر من حين قدومه • يعني ان غيبة الشفيع عذر
له في ترك الاخذ بالشفعة فلا يعد بسبب ذلك مسقطا لشفعته وسوا علم
بالشرا او لم يعلم ومن اهل المذهب من احتج لهذا الحكم بما خرجه الترمذي
من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعته ينتظر به
وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا وهذا ظاهر لكن الاحتجاج به لا يتاتى ممن
لا يرى الشفعة للجار ثم ان المولف لم يجعل شيا من الوجوه التي تسقط الشفعة
بها في حق الحاضر مسقطا في حق الغايب سوى الوجه الاول منها وهو التصريح
بالاسقاط بخلاف ما في معنى التصريح او لا ياتي المقاسمة مع غيبة المشتري
وكذلك بقيتها ولذلك قال ما لم يصرح واما قوله فاذا قدم الى اخره فظاهر
النصوص وكذلك ظاهر قول اهل المذهب ولو قيل بانه اذا قدم لا يكون حكمه
حينئذ كحكم الحاضر من حين قدومه الا اذا لم يتقدم له علم واما اذا كان
في حال غيبته عالما فلا يوسع له في الاجل لكان له وجه وقال ابو عمر بن عبد البر
عن قوم لم يسمهم انه لا يكون الغايب على شفعته اذا قدم الا بشرط ان يشهد
انه على شفعته متى قدم وعن اخرين لم يسمهم انه لا يشترط ذلك قال
اشهب والغايب الذي تكون غيبته قريبة لا مونة عليه في الشخوص وطال زمانه
بعد وجوب الشفعة فلا شفعة له وهو كالحاضر قال غيره في المجموعة وليس
المراة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم وانما فيه اجتهاد
السلطان قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والمريض الحاضر والصغير

والبكر

والبكر كالغايب ولم يعذر زوال ذلك العذر ما لحاضر سوا لان الغايب
والمريض عالما بشفعته او جاهلا وقال اصبغ المريض كالصحيح الا ان يشهد
في مرضه قبل مضي وقت الشفعة انه على شفعته وانه ترك التوكيل لعجزا
عنه والا فلا شي له بعد ذلك واختار ابن حبيب قول مطرف وابن الماجشون وقوله
فان علم فغاب فكالحاضر • يعني انه لما سافر اختيارا بعد علمه بالشرا فلا
يعذر كما يعذر الغايب في المسلة السابقة وظاهر كلامه التسوية بين ان يعوقه
عايق في سفره او لا لكن في المدونة عن مالك من اشترى دارا وشفيعها
حاضر ثم سافر الشفيع بحدثان الشرا فاقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب الشفعة
فان كان سفره يعلم انه لا يوب منه الا بعد اجل تنقطع فيه الشفعة للحاضر
لمجاوره فلا شفعة له وان كان سفرا يوب منه قبل ذلك فعاقه امر يعذر به
فيحلف له فهو على شفعته ويحلف بالله ما كان تاركا لشفعته اشهد عند خروجه
انه على شفعته او لا وقوله وولي المحجور عليه كالشفيع فان لم يكن فكالغايب
• يعني ان حكم ولي المحجور ابا كان او وصيا او مقدما من قبل القاضي حكم
الشفيع نفسه في الاخذ او الرد او السكوت وهذا كالمتفق عليه في المذهب
الا ان بعض الشيوخ حكى خلافا في سقوط شفعة المولى عليه بسكوت الوصي
عنها فاذا اخذ الوصي للمحجور بالشفعة لزمه وان اسقطها لزمه ايضا
الا ان يثبت المحجور بعد رشده ان الاخذ لم يكن من حسن النظر او ان الترك
محاباة من الوصي للمشتري فله نقض ذلك وقال مالك في كتاب محمد اذا علم من
الموصى انه ضيع في ذلك وفرط وان امره فيه كان غير حسن ومضى للبيع
خمس سنين فلا شفعة له وجعل اخذ الشفعة بمنزلة الشرا ابتدا كما لو
بذل رجل للمحجور سلعة بثمن بخس فلم يشترها له وليه لم يلزم الوصي بسبب
ذلك شي لان تنمية مال المحجور ليست بواجبة على الوصي فاذا لم يكن له ولي
لصغره ويتمه ولا وصي له ولا مقدم فحكمه حكم الغايب هو على شفعته حتى

ابن رشد ويمضي له بعد ذلك من الزمان ما تنقطع الشفعة به في حق الغايب اذا
قدم وهذا هو معنى قول المولف فان لم يكن فكالغايب وقوله وله مطالبته
بالاخذ والاسقاط بعد الشرا لا قبله ه الضمير المجرور باللام راجع الى المشتري
والضمير المجرور بعده بالاضافة راجع الى الشفيع اي وللمشتري مطالبة الشفيع
بان ياخذ بالشفعة او يدعها ويسقط حقه فيها وذلك مشروط بان تكون
هذه المطالبة بعد الشرا واما قبل الشرا فلا يكون له ذلك عليه وانما كان له ان
يطالبه بذلك في المحل الذي تكون له المطالبة فيه لان من حق المشتري ان يتصرف
فيما اشتراه بكل وجه له ان يتصرف فيه كالبنا والغرس وغير ذلك ولكنه يخشى
من معارضة الشفيع له فيه فلهذا كان له مطالبة الشفيع بما قلنا ولا خلاف
في وجوب ذلك بعد الشرا وهل له ذلك قبل الشرا لا اعلم خلافا في المذهب انه
لا يكون له الا ما اختاره بعض الشيوخ وذلك انه ذكر الحديث الذي خرجه
مسلم عن جابر ابن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في
كل شرك في ارض او ربع او حايط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه
فياخذ او يدع فان ابى فشريكه احق به حتى يوذنه قال هذا الشيخ فجعل الشفعة
قبل البيع ثم قال وبهذا اخذ قلت الذي يقتضيه هذا الحديث ان المخاطب اولا
هو الشريك الذي يريد البيع بانه لا يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ
او يدع ولا شك انه ان اخذ في هذه الحال لم يكن هذا الاخذ شفعة ولا شك
ايضا ان ظاهر الحديث انه ان رد في هذه الحال لزمه الرد والمنصوص في المذهب
انه لا يلزمه وخرج هذا الشيخ قولا باللزوم من الطلاق قبل النكاح والعتق
قبل الملك ويظهر بادي الراي صحة تخريجه وان كان القاضي ابن رشد حاول
الفرق بينهما وليس عندي بالقوي فتركته لذلك وانظره في اسولته وقد اتينا
بالكلام على هذا الفرع لتعلقه بكلام المولف وان كان الاليق به بعد هذا
وقوله وفي امهاله ثلاثة ايام روايتان قولان ه يعني ان المشتري اذا وقف

الشفيع

الشفيع على الاخذ بالشفعة او الرد فطلب الشفيع ان يمهل فهل له ذلك ام لا
فيه قولان القول الاول لمالك في كتاب ابن عبد الحكم ان الامام يوخره اليومين والثلاثة
ليستشير وينظر والقول الثاني وهو المشهور انه لا يوخر ويقال له خذ الان
او فدع وهو نص ما في كتاب ابن المواز ومثله لاشهب في المجموعة وهو ظاهر
المدونة واختار بعض الشيوخ التفرقة بين ان يكون وقفه بفور الشرا او
يكون بعد طول من يوم الشرا فيمهل الاول ولا يمهل الثاني وقد علمت ان
نفي الاخص لا يستلزم نفي الاعم وبسبب ذلك لا نعلم حقيقة القول الثاني من
كلام المولف كيف هو لانه اذا كان لا يمهل ثلاثة ايام ولا يلزم ان لا يمهل
يومين او يوما والله سبحانه اعلم قال ابن المواز وهذا كله اذا كان اوقفه
الحاكم واما اذا اوقفه غير السلطان فهو على شفعته حتى يوقفه السلطان

الملك

او يترك فلو كان المال غايبا فطلب الشفيع التاخير حتى ينظر اليه فقال مالك
ليس ذلك اليه وان كانت قريبة كالساعة اخر حتى ينظر اليه فلو اخذ بالشفعة
وطلب التاخير بالثمن فاستحسن مالك ما يفعله القضاة تاخير الشفيع بالثمن اليوم
واليومين وعن ابن الماجشون انه يوخر عشرة ايام وشبهها وعن اصبغ يوخر
بقدر قلة المال وكثرته وبقدر عسره ويسره قال واقصى ذلك شهر ولا
ادري ما وراء ذلك قال ابن المواز فاذا اخره السلطان بالثمن اليومين والثلاثة
فلم يات به الى ذلك الاجل فالمشتري احق بها وقال عن اشهب وهو لابن القاسم
في العتبية اذا طلب التاخير بعد الاخذ فوخر ثم لم يدوله وابى المشتري
ان يقبله فالاخذ قد لزم الشفيع وان لم يكن له مال بيع حظه الذي استشفع
فيه وحظه الاول حتى يتم للمشتري جميع حقه ولا يقال الا ان يرضى
المشتري ان يقيله ولنقتصر على هذا القدر ولابن رشد على المسلة كلام
تركناه مع حسنه لبعدنا عن كلام المولف ه وقوله ولو اسقط بعوض جاز ه
يعني وحيث يكون للشفيع القيام بشفعته فله ان ياخذ من المشتري مالا

ويترك القيام عليه بشفعته لانها حق مالي فوجب ان تصح المعاوضه عنه ولا
تجوز له ان تهبها لاجنبي غير المشتري لان في ذلك احداث ضرر على المشتري باخراج
ملكه عن يده بغير اختياره لغير من اختاره اذ ان الشرع في ذلك هو الشفيع
واذا امتنعت الهبه هنا فاحرى المعاوضه والله سبحانه اعلم وقوله ولو اسقط
قبله لم يلزم ولو بغير عوض ه الضمير المخفوض بالظرف عايد الى البيع وقد تقدم
الكلام على هذا الفرع ولو الاولى التي يقال لها حرف امتناع وجوابها قوله لم يلزمه
ولو الثانيه هي التي بمعنى ان المكسوره وهي تاتي في الكلام لمعنى الغايه تقول
لا تخف احدا من اهل هذا البلد ولو كان الملك ولا تحقرن احدا ولو كان مسكينا او
عبدا وعلى هذا التقدير فقول المولف ولو بعوض يشير الى ان عدم سقوط الشفعه
قبل الشرا عن غير عوض اخف منه اذا كان عن عوض واذا كان عن عوض كان اقوى في
اللزوم فاشار المولف الى انه لا يلزم هذا الاسقاط في حالتي الضعف والقوه وهو
ظاهر من هذا الوجه لكن قد يقال انه اذا كان عن عوض كان اضعف لان المعاوضه
عن ذلك قبل الشرا لا تجوز وما لا تجوز المعاوضه عنه تجب فسخه اذا وقعت المعاوضه
فيه ولا يلزم من كونه لا تجوز المعاوضه عنه ان لا تجوز هبته وتركه عن غير عوض
وهذا الموضع قابل للبحث وقوله الاخذ ه هذا اول الكلام على الركن الثاني من
اركان باب الشفعه وهو الاخذ قال الشريك والمحبس ان كانت ترجع اليه ه ومرفوع كانت
ضمير عايد الى الحصه اي ان كانت الحصه المحبسه مما ترجع الى المحبس وانما ترجع
اليه في الحبس الذي هو بمعنى العمري على ما يتبين في محله ان شا الله تعالى وذلك
قوله والا فلا انها لا تكون للجار وهو قول الشافعي واحمد واهل الحجاز وروي عن
عمر وعثمان وعمر ابن عبد العزيز وغيرهم وقال ابو حنيفه والثوري وغيرهما
ان الشفعه تجب للجار وروي ان عمر كتب الى شريح ان اقض بالشفعه للجار فكان يفعل
وقد تقدم حديث ابي هريره في الصحيح قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
"الشفعه في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه" وهذا

حجه

حجه الاولين وحجه ابي حنيفه ومن وافقه ما في الصحيح ايضا عن ابي رافع قال
سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بصقبه ولكل فريق زياده ترجيح
واجوبه عما قال الاخر وذلك في علم الخلاف وقوله الا ان يريد المحبس او المحبس
عليه الحاقها بالحبس فقولان ه لما تقدم ان المحبس يشفع بشرط ان ترجع الحصه
اليه ودل كلامه انها اذا كانت لا ترجع اليه انه لا شفعه له بقوله والا فلا
استثنى من ذلك ما اذا كانت الحصه لا ترجع الى المحبس واراد المحبس او المحبس عليه
الحاق تلك الحصه بالتحبيس وذكر في ذلك قولان احدهما ان ذلك لهما والثاني
انه لا يكون لهما والقول الاول هو مذهب المدونه الا انه لم يذكر في حق المحبس
عليه وانما ذكره في حق المحبس قال مالك في اخر باب الشفعه في دار بين رجلين
حبس احدهما نصيبه على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في الدار
نصيبه فليس للذي حبس ولا للمحبس عليهم اخذه بالشفعه الا ان ياخذه
المحبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الاول زاد بعض المختصرين لهذا
الموضع من المدونه وقد لا عنها وان اراد المحبس عليهم اخذه فليس لهم ذلك
لانهم لا اصل لهم قال ومثله في سماع ابن القاسم وقال ابن حبيب عن مطرف
وابن الماجشون واصبغ ان اراد المحبس عليهم الحاقه بالحبس فلهم اخذه
بالشفعه لان المحبس هو الشريك وحكى اللخمي قولا اخر بان ذلك لا يكون
للمحبس ولو اراد الحاقه بالحبس واستحسنه فعلى هذا التقدير يكون في
المسله ثلاثه اقوال يفصل في الثالث وهو مذهب المدونه بين المحبس
والمحبس عليهم والاصل ان الحبس يزيل الملك فلا ينبغي ان يكون في ذلك
شفعه لا للمحبس ولا للمحبس عليهم وقال بعض الشيوخ وعلى هذا لو اراد
اجنبي ان ياخذ بالشفعه للحبس لكان له ذلك واختلف الشيوخ في صاحب
المواريث هل ياخذ لبيت المال بالشفعه وراي ابن زربانه لا ياخذ
واعترض كلام ابن زرب بما نص عليه سحنون في المرتد يقتل وقد وجبت

له شفعه ان للسلطان ان ياخذ لبيت المال او يترك واجاب ابن رشد عن هذا
بانه انما كان ذلك للسلطان لعموم نظره للمسلمين واما صاحب المواريث فان ذلك
لم يجعل بيده ولو جعل بيده لكان له ذلك وقوله ولنا ظر اخذ شقص باعه
لطفل اخر او لنفسه • يعني ان الناظر للمحجورين اذا باع على احدهما شقصا من
عقار جاز لذلك الناظر ان ياخذ بالشفعه للمحجور الثاني وكذلك لو كان الناظر هو
الشريك للمحجور جاز له ان ياخذ بالشفعه لنفسه وقد تقدم ان الوصي لا يبيع عقار
المحجور الا لموجب من الموجبات التي ذكرها الفقها هنالك بخلاف الاب فانه يجوز
له البيع ولا يلزمه ان يذكر موجبا من تلك الموجبات فلا بد من الالتفات الى ذلك
الاصل في هذا الموضع وينضم اليه ان يكون هذا العقار الخاص في مسئله المولف
هذه مما لا يختلف ثمنه بالكثره والقله اذا بيع على التشقيص واما لو كان وهو
الغالب على الرباع اذا بيع جميع الدار مثلا كان ذلك اوفر لنصيب من اريد البيع
بسببه فينبغي ان يباع الجميع لان المذهب في المشترك اذا كان يتعذر قسمه ودعا
بعض الشركا الى بيع جميعه فالقول قول من دعا الى ذلك وقوله وتملك بتسليم
الثمن او بالاشهاد او بالقضا • يعني ان الشفعه يملكها الشفيع باحد هذه
الوجوه الثلاثه ومراده في الاشهاد انه بحضره المشتري والا فلا معنى له
وقد تقدم ما نقلناه من كلام ابن المواز ومن العتبيه على قول المولف وفي امهاله
ثلاثه ايام قولان وذلك الكلام مما يصلح ان يفسر به هذا الموضع وقال القاضي
ابن رشد اذا اوقف الامام الشفيع فلا يخلو من ثلاثه اوجه احدها ان يقول
الشفيع قد اخذت ويقول المشتري قد سلمت فيوجله الامام في دفع المال
فلا ياتي به فليس لاحدهما ان يرجع عما التزمه والحكم على الشفيع بما قدمناه
عن العتبيه قال والوجه الثاني ان يوقفه الامام فيقول قد اخذت ويسكت
المشتري ويوجله في الثمن ولا ياتي به فهذا ان طلب المشتري ان يباع له في
الثمن فلك المشتري فذلك له وان احب اخذ شقصه كان ذلك له ولا خيار للشفيع

على المشتري على ما في المدونه والثالث ان يقول الشفيع انا اخذ ولا يقول
قد اخذت فيوجله الامام في الثمن ما اختلف فيه اذا لم يات بالثمن فقيل يرجع
الشقص الى المشتري الا ان يتفقا على امضايه للشفيع وقيل ان اراد
المشتري ان يلزم الشفيع الاخذ كان ذلك له وان اراد الشفيع ان يرد الشقص
لم يكن له ذلك قال وهذا قول ابن القاسم واشهب والاول ابين وقوله ويلزم
ان علم الثمن والا فلا • يعني ان الشفيع اذا اخذ بالشفعه بعد علمه بالثمن
لزمه الاخذ والا لم يلزمه وهو ظاهر لان له حجه في اخذه قبل العلم وعذرا
في الرجوع عما اخذه لانه يقول ظننت ان الثمن اقل من هذا وقد قدمنا مثل هذا
عن ابن القاسم في المدونه وظاهر كلام المولف هذا وهو ظاهر كلام ابن القاسم
في المدونه ايضا انه لا يشترط في جواز اخذه بالشفعه علمه بالثمن واشترط
ذلك اشهب وقد قدمنا هذا القول ايضا وقوله وهي على انصبايهم وخرج
على عددهم من المعتقين وحصصهم متفاوته • يعني ان الشفعا اذا تعددوا
واتفقت انصباوهم تحاصوا في الحصه المشتراه على السوا ولا خلاف في ذلك
كما لو كانت الدار بين ثلاثه لاحدهم نصفها ولاخر ثلثها ولاخر سدسها
فباع صاحب النصف تحاص صاحب الثلث والسدس في ذلك النصف المشترى
اثلاثا هذا هو المنصوص في المذهب وهو اشهر قولي الشافعي وخرج الشيخ
ابو الحسن اللخمي قولا بالمحاصه على السوا كقول ابي حنيفه وذلك من تقويم
العبد الذي يعتق الشريكان نصيبيهما فيه كما لو كان عبد بين ثلاثه على
التجزيه التي ذكرناها في الدار فاعتق صاحبا النصف والثلث وهما مليان فلا
شك ان لصاحب السدس التقويم عليهما والمشهور انه يقوم عليهما احماسا
لان لصاحب النصف ثلاثه من سته ولصاحب الثلث اثنان وقال ابن الماجشون
يقوم عليهما بالسوا وهذا التخريج صحيح وقد حاول غيره في ذلك تفرقه ضعيفه
يردها التامل هذا هو مراد المولف بقوله وخرج على عددهم من المعتقين وحصصهم

متفاوته مالواو من قوله وخصصهم واو الحال وخرج غيره الخلاف من احد
القولين في اجره قسام القاضي انها على عدد الروس وهو مذهب المدونه
ورجح اللخمي انه اشبه في المساله وقول ابي حنيفه اقرب عندي والله سبحانه اعلم
لان الشفعه معلله باصل الملك الا ترى انه لو انفرد من له اقل نصيب لكان له اخذ
جميع الحصه المشتراه ولهذا المعنى قال اللخمي لو كانت الشفعه فيما لا ينقسم
على القول بذلك في الماجل وشبهه لكانت على عدد الروس على القولين معا هذا
معنى كلامه وقوله فاذا اتحدت الصفقه واسقط بعضهم او غاب فليس
الا اخذ الجميع ● يريد اذا انعقد البيع صفقه واحده في حصه واحده
من دار او دور وكان لتلك الحصه شفعا اسقط بعضهم شفعته او غاب
فان الشفيع ليس له الا ان ياخذ الجميع او يدع الجميع اذا نازعه في ذلك المشتري
وذلك لو اراد المشتري ان يسلم للشفيع الباقي قدر نصيبه ويتمسك
بنصيب من اسقط او غاب او خالفه الشفيع واراد اخذ جميع الحصه
المشتراه فالقول قول الشفيع وبالجمله ان من دعا منهما الى تبعيض الصفقه
كان قول الاخر مقدما عليه لان الشفعه تابعه في هذه المساله للبيع والبيع
وقع صفقه واحده الا ان يتفقا على امر فيجوز وقال ابن حبيب عن اصبغ
اذا كان تسليم احد الشفعا للمشتري على وجه الهبه له او الصدقه عليه
فليس لمن اراد الاخذ الا بقدر سهمه وللمبتاع سهم من سلم وان كان على
ترك الشفعه وكراهه الاخذ فللمتمسك اخذ جميعها وفي بعض الروايات ليس
لمن لم يجز الا مصابته خاصه ومال اللخمي الى هذا القول واستبعد ابن رشد
قول اصبغ واما غيبه بعض الشفعا فلا اعلم فيه خلافا وان الحكم على ما قاله
المولف وقوله ولو تعدد البايع وتعددت الحصص في اماكن مختلفه في
صفقه واحده والشفيع واحد فكذلك ● يعني اذا اتحد المشتري او تعدد
ولكن اشتركوا فيما اشتروه من بايعين فاكثر واتحد المبيع او تعددت حصصه

في اماكن وذلك كله صفقه واحده والحكم في ذلك مساو لحكم المساله السابقه ان
اراد الشفيع اخذ الجميع فلا كلام للبايعين ولا للمشترين وان اراد الشفيع اخذ
بعض الانصبا ومنعه المبتاعون فالقول قولهم الا ان يتفق جميعهم مع المشتري
على شي ووجه ذلك ما قدمناه هذا نقل اكثر الشيوخ عن المذهب وحكى ابو عمر
بن عبد البر عن اشهب ان للشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين شا وهذا الخلاف
حكاه هو وغيره في تعدد المشترين مع اتحاد البايع والشفيع والصفقه
وقال الشفيع انا اخذ من احدهما فجرى ابن القاسم على اصله انه ليس للشفيع
الا ان ياخذ الجميع او يدع الجميع وقال اشهب وسحنون له ذلك ابن المواز
ورجع ابن القاسم عنه بعد ان قال به وهو اختيار اللخمي والتونسي وهو الاقرب
اذ لا ضرر على المشتري الذي اخذت من يده حصه في ذلك سوا ضرر الشفعه
من يده ولم تتبعض عليه صفقته وهذا الفرع هو مراد المولف بقوله وان تعددت
هي والمشترون فله الشفعه من احدهم ثم رجع ابن القاسم فيكون ضمير المونث
في قوله تعددت راجعا الى الحصص لا الى الصفقه فان قلت فكيف تتخ
المغايره بين هذا الفرع الذي ذكره المولف فوق هذا لان ذلك ايضا تعددت
فيه الحصص واتحدت الصفقه قلت لكن تعدد في هذا المشتري واتحد
في الذي فوقه وهذا هو الموجب لمخالفه الاكثرين فيه واضطراب قول ابن القاسم
وقوله والشريك الاخص اولى على المشهور فان اسقط فالاعم كالجدتين
والاختين والزوجين ثم بقيه الورثه ثم الاجانب ● يريد اذا تعدد الشركا
واختلفت الوجوه التي بها وقعت الشركه بينهم بحيث يكون تلك الوجوه
اخص من بعض كما لو اشترك اثنان في دار اشترياها ثم مات احدهما وخلف
ورثه هم الذين ذكرهم المولف كجدتين واختين وزوجتين او يكون جدتان
وعصبه او اختان وعصبه او زوجتان وعصبه ثم باعت احدى الزوجتين
فاختلف المذهب على قولين احدهما وهو المشهور انه تقدم الزوجه الباقيه

وهو الشريك الاخص في هذا المثال وان سلمت انتقل الحق الى الاعم بالنسبة اليها
لا الى الاعم مطلقا فتكون بقية الورثة اولى بالشفعة من الشريك الاصلي
فان سلم بقية الورثة انتقل الحق الى من هو اعم منه وهو الشريك الاصلي
الذي تولى الشرا مع الميت والشاذ ان الشركا كلهم سوا ولا ترجيح للاخص
على الاعم وهو ظاهر ما قاله ابن دينار وظاهر ما في الموازية وحكاه ابن القصار
عن مالك وكان النفس اميل الى الشاذ لان الموجب للشفعة هو الشركة والشركة
مفيدة وقوله ويدخل الاخص على الاعم لما قدم ان الشريك الاخص
اولى من غيره وانه اذا باع احد الاخصين فلا دخول للاعم الا بعد اسقاط
الاخص الثاني حقه في الشفعة وكان معنى ذلك انه لا يدخل الاعم على الاخص
بين هنا ان للاخص مرتبة اخرى على الاعم وهو انه اذا باع احد الاعمين مثلا
لم يختص بالشفعة الشريك الاعم بل يدخل معه الشريك الاخص فيتحاصان
على قدر نصيبيهما فالفرق بين المرتبتين ان المرتبة الاولى اوجبت امتياز
الاخص ورجحانه على الاعم والمرتبة الثانية اوجبت دخول الاخص على
الاعم ومشاركته فان قلت هلا اكتفى المولف بذكر المرتبة الاولى عن ذكر
الثانية لانه اذا كان الشريك الاخص اولى من الشريك الاعم فلو لم يكن
الشريك الاخص يدخل على الشريك الاعم لكان لا يدخل على هذا التقدير
الاخص على الاعم ولا الاعم على الاخص وذلك يوجب تساوي اهل كل منزلة
وهو مبطل لتلك الاولوية قلت يحتمل ان يقال انما ذكر هذه المرتبة لانه
لو سكت عنها لاعتقد من وقف على كلامه ان الاخص يكون اولى بما باعه
احد الاعمين كما يكون اولى بما باعه الاخص فبين المولف ان هذه المرتبة لا
تنهض الى هذا القدر وانما توجب الدخول مع الاعم والشركة خاصة لا تقدمه
عليه وقوله وفي دخول ذوي السهام على العصبة قولان يعني ان المذهب
اختلف على قولين هل ذوي السهام فيما بينهم وبين العصبة كالشريك الاخص

مع الشريك

مع الشريك الاعم فيدخل ذو السهام على العصبة ولا تدخل العصبة على ذوي
السهام وهذا هو مذهب المدونة واختاره ابن عبد الحكم واصبغ وقال اشهب ان
بقية العصبة احق كاهل سهم وهذا هو القول الثاني وهو الاقرب عندي ولا يختلف
ان العصبة لا يدخلون على ذوي السهام لانه اذا لم يدخل ذو سهم على اهل
سهم اخر فاحرى ان لا يدخل العصبة على ذوي السهام واختلف المذهب في الاخت
الشقيقة مع الاخت للاب تبيع احداهما حظها فقال ابن القاسم تدخل الشقيقة
على التي للاب وقال اشهب لا تدخل عليها ولو باعت الشقيقة لكانت التي للاب
اولى من العصبة وهذا يرجح قول اشهب قال ابن المواز عن اشهب لو اشترى ثلاثة
دارا او ورثوها فباع احدهم نصيبه من نفر وسلم الشريكان ثم باع احد
النفر المشترين مصابته فبقية النفر اشفع من شريكي البائع ولو باع احد
شريكي البائع لدخل في الشفعة شريكه الذي لم يبع وساير النفر الذين
اشتروا الثلث الاول فيصير لهم النصف ولشريكهم النصف قال وخالفه
ابن القاسم في هذا وقال لا يكون الذين اشتروا الثلث الاول اشفع فيما
باع بعضهم من شركا بايعهم بل هم كبايعهم يقومون مقامه اذا باع احدهم
كانت الشفعة لمن بقي منهم وساير شركا البايع منهم على الحصص خلاف ورثة
الوارث او ورثة المشترين قال اصبغ وهذا من الحق ان شا الله تعالى
وقوله والموصى لهم مع الورثة كالعصبة مع ذوي السهام يعني انه لا
يدخل الموصى له على الورثة واختلف هل يدخل الورثة على الموصى له والنقل
كذلك الا ان ابن المواز سلم ان ذوي السهام يدخلون على العصبة ومنع دخولهم
على الموصى له وراى ان الجزء الذي اوصى به الميت كالجزء الذي يجب لذي السهم
بالميراث واذا اوصى الميت ان يباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث
يحمله لم يكن للورثة عليه شفعة لئلا يبطل ما قصده الميت من تمليك الموصى له
ذلك الجزء ولو كان شريك الميت اجنبيا لوجبت له فيه الشفعة واما ان اوصى ان يباع

نصيب من داره لبصر وبيعه في المسايل فقال سحنون هو دار ولا شفعه للورثه
وخالفه الباجي واللخمي في ذلك قال الباجي وبلغني عن ابن المواز يعني ان للورثه
الشفعه وفروع هذا الفصل كثيره والذي ذكره المولف هو حاصل ما يعتمد عليه
منها فلنقتصر عليه وقوله المأخوذ منه من تجدد ملكه اللازم اختيارا
وقيل بمعاوضه ففي الصدقه والهبه لغير ثواب قولان ه يعني ان الذي
يلزمه تسليم الشقص هو من اجتمعت فيه قيود اولها تجدد ملكه بالنسبه
الى الشفيع فانه لو اشترى رجلان دارا ولا شفعه لاحدهما على صاحبه
لان الشفيع منهما لم يسبق ملكه على ملك الاخر حتى يصدق على ذلك الاخر
انه تجدد ملكه وايضا لو وجبت الشفعه لاحدهما لوجبت للاخر وحينيذ
يلزم من وجوبها لهما عدم وجوبها لهما وكل ما ادى ثبوته الى نفيه
فهو منتف القيد الثاني قوله اللازم احترازا من ان يكون غير لازم كبيع
الخيار وسياتي ما ذكره المولف في ذلك مبينا القيد الثالث اختيارا احترازا
من الميراث فانه تجدد ملك لازم ولكن لا على سبيل الاختيار والمشهور من
المذهب انه لا شفعه في انتقال الملك بسبب الميراث وروي عن مالك انه يشفع
على الوارث لتجدد ملكه وهو بعيد واما قول المولف وقيل بمعاوضه فاشاره
منه الى الاكتفا بما تقدم من القيود وان هذا القيد الرابع وهو كون التجدد
عن معاوضه ليس بمختار عنده وان كان هو المشهور من المذهب ولفظ المعاوضه
احسن من لفظ الشرا ليدخل في ذلك الكرا وهبه الثواب وغير ذلك على
ما سياتي ثم قال المولف على طريق اكمال الفايده ففي الصدقه والهبه لغير
ثواب قولان وهذا الحاصل مما قدمه في القيد الرابع وهذان القولان لمالك
وسقوط الشفعه في الصدقه والهبه لغير ثواب هو مذهب المدونه واذا فرعنا
عليه فان اثاب الموهوب له عن هذه الهبه فلا شفعه فيها لان هذا ليس بعوض
حقيقه الا ان يقوم دليل على انهما عملا عليه اولا فلو اراد الشريك ان يحلف

الموهوب

الموهوب له انهما لم يسرا بيعا لم يحلف الا ان يكون ممن يتهم مثل ما قال مالك
ان يكون محتاجا وهب لغني فيحلف الموهوب له وان كانت على صغير احلف
ابوه وقوله ولا شفعه في ميراث ولا في خيار الا بعد امضايه ه قد
تقدم الكلام على الميراث ولا فرق على المذهب في الخيار بين ان يكون للبايع
او المشتري او اجنبي وخالف جماعه اذا كان الخيار لغير البايع وقوله
فلو باع نصفين لاثنين خيارا وبتلا ثم امضي ففي تعيين الشفيع قولان بناء على
ان البيع من العقد او من الامضاء ه يريد اذا كانت لرجل دار فباع نصفها
من رجل بيع خيار ثم باع النصف الثاني من اخر بيع بت ثم امضى من له الخيار
البيع فقال فقيل الشفعه تجب لمشتري البت على مشتري الخيار لانه اذا
امضي الان بيع الخيار فكانه لم يزل ماضيا من يوم ابتداه وهو مراد المولف
بقوله ان البيع من يوم العقد وقيل ان الشفعه تجب لمشتري البتل على مشتري
الخيار وهذا بناء على ان بيع الخيار انما يعد منعقدا من يوم امضي وهذه
قاعده مضطربه في المذهب وقوله وعليه وعلى الخلاف في بيع المستشفع
بها اذا باع حصته بالخيار ثم اذا باع شريكه الاخر بتلا ثم امضي حاجات
ارتجعه ه يريد فاذا فرعنا على الخلاف في الفرع السابق وهو متى يعد بيع الخيار
ماضيا اذا امضي وضممنا الى ذلك الخلاف في بيع الحصه المستشفع بها هل
يمنع من الشفعه ام لا فاذا كانت دار لرجلين باع احدهما نصيبه منها بالخيار
ثم باع الاخر نصيبه بتلا ثم اجاز من له الخيار فان قلنا بان بيع الخيار اذا
امضي فكانه ماض يوم وقع وان من باع الشقص الذي تجب له الشفعه على
المشتري لا يمنعه ذلك من الشفعه فانه يكون الشفعه للبايع البتل على مبتاع
الخيار وهو ظاهر وذلك ان مبتاع الخيار يقدر سبقيه شرايه على عقد البت
فعقد الخيار يعد ماضيا متجددا حينئذ بايع البتل ما كان نصيبه فلم يسع الا
ان يقال بايع البت قد اخرج من ملكه ما كان يستوجب به الشفعه وقد فرضنا

ان هذا البعد ليس ببائع وهذا هو مراد المولف بقوله ماض اولا ويشفع اي
ماض حين وقع ويشفع من باع شقصه الذي يستشفع به ومعنى قوله
مقابلة لمشتري البتل اي مقابل القول في الاصلين اللذين بنا عليهما القول
الاول ان لا يعد ماضيا الا حين الامضا وهو قبل ذلك منحل ومن باع شقصه
الذي يستشفع به بعد بيع شريكه فقد سقط حقه في الشفعة وهذا هو
مراده بقوله مقابله فيلزم عليه ان تكون الشفعة لمشتري البتل لانه كان
مالكا حين تجدد ملك مشتري الخيار ولم يزل ملكه مستمرا الى الان وهذا
الكلام هنا من المولف صحيح الا انه زاد في الاصل الذي بني عليه هذا القول
زيادة مستغنى عنها وهي انه فرض ان بيع الحصة المستشفع بها لا يضر في
طلب الشفعة وهذا لا يحتاج اليه في هذا القول الثاني وانما يحتاج الى كون
بيع الخيار منحلا ولا يعد منعقدا الا يوم امضي فتامله وقوله الثالث
لمشتري الخيار ۝ اي القول الثالث وهو مبني على الاحتمال الثالث وذلك
الاحتمال هو ان يفرض ان بيع الخيار منعقد يوم ابتدي وان من باع الحصة
التي يستشفع بها سقط حقه فيلزم قطعا ان تكون الشفعة لمشتري الخيار
وذلك ان مشتري الخيار حصل له الملك على هذا التقدير يوم اشترى ولا
شفعة للبائع البتل عليه لزوال ملكه الذي يشفع به عن يده فقد
تجدد ملك مشتري البتل حالا ما فرض كون مشتري الخيار مالكا وقوله
الرابع لبائع الخيار ۝ وهذا القول مقابل للقول الذي قبله فانه مبني على مقابلة
في الاصلين معا اما اولا فلانا نعد بيع الخيار منحلا وان من باع الحصة
التي يستشفع بها لا يمنعه ذلك من الشفعة فيلزم ان تكون الشفعة لبائع
الخيار لان ملكه كان صحيحا حين تجدد ملك مشتري البتل وخروج ملكه
عن يده بعد ذلك ليس بمانع فقد ظهرت هذه الاقوال وما بنيت عليه من الاصلين
المذكورين سوى القول الثاني على ما اشرنا اليه ولم اقف على كل هذه الاقوال

منصوصا

منصوصا عليها قال في كتاب ابن المواز ولو سلم الشفيع شفعته في مدة الخيار
لم تبطل شفعته وكان له الاخذ بها اذا تم البيع قال اشهب في المجموعة من
ابتاع شقصا فوجد به عيبا فاراد رده واراد الشفيع اخذه وقال
انا ارضى بعيبه فله رده ولا شفعة للشفيع وقال ابن القاسم فيمن ابتاع
دارا فردها بعيب دلس به ثم استحق نصفها بعد ان ردها فالشفعة له
ان شاء من حساب جميع الثمن قال الباجي وهذا اذا اراد ان ياخذ بالبيع
دون الرد بالعيب فيكون عهدته على البائع فاما القول بان الرد بالعيب نقض
بيع فلا شفعة فيه ولو فلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع احق به
ويدفع الثمن للبائع واذا رجع الشقص الى بائعه فللشفيع الشفعة لانه بيع حادث
قاله سحنون ولو سلم الشقص واراد محاصة الغرما بالثمن فباعه الامام للغرما
فقال اشهب فيه الشفعة وقوله وتثبت في المهر والخلع والصلح
وجميع المعاوضات ۝ هذا المذهب وهو قول الشافعي في المهر وكذا العمد
وقال ابو حنيفة لا تجب فيهما شفعة وقد سبق عن المذهب الخلاف في
الصدقة والهبة وعلى القولة الشاذة في الميراث فا حرى هذه المسايل
واما ما يكون به الشفعة في هذه الوجوه فسياتي ذلك حين يتكلم المولف
عليه ۝ وقوله والعهدة على المشتري ۝ يعني ان عهدة الشفيع
باعتبار الثمن والرد بالعيب والاستحقاق وشبه ذلك انما هي على المشتري
لانه كبايع للشفيع والشفيع كمشتر منه وعن سحنون ان للشفيع ان يكتب
عهدته على من شاء من بايع او مبتاع وذهب بعض الايمة الى ان عهدة الشفيع
على من ياخذ من يده الشقص فان اخذه من يد المشتري فعهدته عليه وان
اخذه من يد البايع فعهدته عليه واظنه مذهب ابي حنيفة ووجه اهل
المذهب ان مطالبة الشفيع اولا بالاخذ انما كانت مع المشتري واليه
يدفع الثمن فوجب الرجوع عليه اذا وجب له رجوع ۝ وقوله

وفي شفعة الاقالة قولان تخير وعلى المشتري ه يريد ان البائع والمشتري اذا
تقايلا قبل الشفعة لم يكن ذلك مانعا للشفيع من الاخذ بشفعته فان اخذ ثم
اطلع على ان المتبايعين تقايلا او علم بذلك قبل اخذه بالشفعة فاختلف
قول مالك هل ليس للشفيع خيار وتكون عهدته على المشتري وهذا
هو مذهب المدونة او يكون مخيرا فان شا ان يجعل عهدته على البائع
جعلها وان شا ان يجعلها على المشتري قاله اشهب وسواء كان
البائع هو المستقيل او المشتري وقال مطرف وابن الماجشون ان
روي ان التقايل بينهما كان لقطع الشفعة فالاقالة باطلة وللشفيع الشفعة
بعهدة الشرا وان روي انها على وجه الصحة وارادة الاقالة فهو بيع
حادث وللشفيع الشفعة باي البيعتين شا وكثيرا ما يستشكل في مجالس
المناظرات مذهب المدونة فيقال ان الاقالة ان كانت حل بيع فلا شفعة
وان كانت ابتدا فتخيير الشفيع فلا معنى لتحتيم العهدة على المشتري ويجاب
عن ذلك باختيار الاول وانما ثبتت الشفعة وجعلت العهدة على المشتري
لاتهامهما في قطع شفعة الشفيع كما اشار اليه ابن المواز واشهب واستحسن
اشهب قول مالك في المدونة والقياس عنده قول مالك الاخر قال اشهب
فان كانت الاقالة بزيادة او نقصان قبل تسليم الشفيع فله الشفعة على ايهما
شا قاله الباجي والشركة والتولية مثل الاقالة ه وقوله
فلو سلم قبلها فعلى البائع ه الضمير المخفوض بالظرف راجع الى الاقالة
ومفعول سلم محذوف وهو الشفعة اي لو سلم الشفيع الشفعة قبل
الاقالة ثم تقايلا فله الشفعة وعهدته على البائع وهذا الظاهر على اصل المذهب
ان الاقالة ابتدا بيع واما على راي من يجعلها حل بيع فينبغي ان لا تكون له شفعة
والتهمة هنا ضعيفة لانه لا ينقصد بعد الاقالة ابطال حق الشفيع في الشفعة
وقوله ولا يضمن ما نقص عنده ه يعني ان الشقص المشتري اذا تغير

بنقص

بنقص في ذاته او صفاته او سوقه فلا ضمان على مشتريه ويكون الشفيع
مخيرا في اخذه على حاله بجميع الثمن او يسقط حقه في الشفعة وذلك لصحة
ملك المشتري ولكون الشفيع غير مجبور على الشفعة وقوله وله غلته
وثمره ه قد استغنت قبلها الضمير المجرور باللام عائد الى المشتري
والضمير التي اضيفت اليه الغلة راجع الى المبيع او الى الشقص والضمير
المخفوض بالظرف يرجع الى الشفعة وعقب المولف هذا الفرع بأثر الذي قبله
فهذا توهم الكلام الاول ان الغلات بعد الشرا وقبل الشفعة من حقوق
الشفيع لا من حقوق المشتري وذلك ان المشتري لما لم يكن له مقال في
نقض البيع على ما تقدم صار كان الضمان منه واذا كان الضمان منه وجب
ان تكون الغلة له فبين المولف ان الحكم بخلاف ذلك ولانه غير ضامن في المعنى
وانما يكون الضمان منه ان لو اجبر على الشفعة فان قلت الثمرة نوع من
الغلة فلاي شي عطفها المولف على الغلة قلت لفائدة قوله قد
استغنت قبلها لانه لو لم يذكر هذا القيد لاحتمل كلامه احتمالا ظاهرا
ان مثل هذه الصورة لا ينطبق كلامه عليها وان لا يكون للمشتري من الغلات الا
ما جذه قبل الشفعة وذلك انهم عدوا استغنا الثمرة عن السقي وشبهه
كانقضا مدة الكرا وجداد الثمرة كقبض العوض في الكرا فكما لا اثر للاقتضا
في الحكم بالغلات للمشتري فكذلك لا اثر للجداد في الحكم بالثمرة وقد تقدم
الكلام على مسايل الثمرة ه وقوله فان هدم وبنى فله قيمة ما بنى
يوم القيام وللشفيع قيمة النقض ه يريد فان تولى المشتري هدم البنا
ولم ينهدم بامر لا تسبب له فيه فاذا اهدم وبناه كان على الشفيع ما
ذكره المولف وهو الثمن الاول مع قيمة النقض يوم الشرا مع قيمة ما بناه
يوم قيام الشفيع بالشفعة فان قلت كيف يعطي جميع الثمن مع قيمة
النقض مع ان النقض جز من المبيع قلت لا يريدون بالثمن هنا جميع

الثمن كما سالت عنه وانما يريدون بالثمن ما ينوب العرصه منه بلا بنا كما نا بقامنه
فهو المعبر عنه بالثمن ويضاف ذلك الى ما ذكرناه من القيمتين هل وانص عليه
اشهب قال اشهب يكون له قيمه ما عمر يوم القيام وله قيمه النقض الاول منقوضا
يوم الشرا فيحسب كم قيمه العرصه بلا بنا وكم قيمه النقض ملقى وما ثم يقسم
الثمن على ذلك فان وقع للنقض منه نصفه او ثلثه فهو الذي يحسب للشفيع
على المشتري ويحط عنه من الثمن ويقوم ما بقي مع قيمه البنا قايما قال ابن
المواز وهو قول مالك واصحابه فان قلت قد قال في المدونه لو هدم المبتاع ثم
بني قيل للشفيع خذ بجميع الثمن وبقيمه ما عمر فيها فقد نص على جميع الثمن
وهو عين ما ذكره السايل قلت لما ذكر في المدونه جميع الثمن سكت عن قيمه
النقض فلم يجمع بينهما وانما مراده ما فسره به اشهب وابن المواز فهو
المعتمد في هذا الموضع والذي في المدونه وكلام المولف مجمل وقوله وتصويرها
في شفيع غايب قاسم القاضي او الوكيل عنه او تارك لامر ثم ظهر لكذب في الثمن او
دعوى صدقه وشبهها . يريد بهذا الجواب عن سوال اورده بعضهم
على ابن المواز وذلك انه قيل لابن المواز وكيف يمكن ان يحدث بنا في مشاع يعني هذا
السايل ان من شرط القضا بالشفعه ان يكون حق الشفيع مشاعا غير متميز
فبناوه وهدمه على هذا التقدير ان كان بحضره الشفيع فلا شفعه اذ ذلك
قطع لها على ما تقدم في المسقطات وان كان في غيبه الشفيع فذلك الباني
والهادم غاصب وحكم الغاصب جلي وما ذكرتم على ما تقدم ايضا في كتاب
الغصب فالحاصل ان الجمع في هذه المسله بين الحكم بالشفعه وقيمه البنا تناقض
فاجابوا عن ذلك باجوبه منها ان يكون الشفيع غايبا حين الشرا فيقاسم
القاضي عنه او الوكيل ثم يبني الشفيع ويهدم في غيبه الشفيع فالباني غير متعد
والشفيع باق على شفعته لغيبته وليس للقاضي ولا للوكيل اسقاط حقه في الشفعه
لانه لم يوكل على ذلك وهذا هو مراد المولف بقوله وتصويرها في شفيع غايب

صوابه المشتري

قاسم

قاسم القاضي او الوكيل عنه ومنها ان يكون الشفيع حاضرا حين البنا والهدم
مصرحا بترك حقه في الشفعه لان البايع والمشتري ذكرا له ان الثمن اضعاف
ما تبايعا عليه فترك حقه في الشفعه لكثره الثمن فبنى المشتري ثم علم
الشفيع حقيقه الثمن وهذا هو مراد المولف بقوله او تارك لامر ثم ظهر لكذب
في الثمن وقد قدمنا ان له في هذا الوجه الاخذ بالشفعه بعد اسقاط حقه
فيها على خلاف بين ابن القاسم واشهب في اليمين ومنها ان يدعي المشتري انه
وهب له الشقص او تصدق عليه ثم يتبين بعد ذلك للشفيع انه اشتراه
ولم يوهب له ولا تصدق به عليه وهذا هو مراد المولف بقوله او دعوى صدقه
وشبهها ولما كانت الصدقه والهبه لا تمنعان من الشفعه على احدى
الروايتين عن مالك كان في هذا التصوير ضعف عما قبله فاخره المولف لذلك
ولا سيما ان كلام المولف فيما تقدم يشعر بقوه هذه الروايه لتقديمه اياها
على الروايه الاخرى المشهوره واجاب ابن المواز عن الاشكال المذكور بالجواب
الاول من اجوبه المولف وزاد جوابا اخر وهو ان يكون المشتري قد اشترى
الجميع وانفق وبنى وغرس ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعا وهذا الجواب
الذي يعتمد عليه اكثر الشيوخ لما يبنون عليه من كثره الفوايد بسبب
تركب المساله من الشفعه والاستحقاق والمتكفل بذلك المدونه وشروحاتها
وقوله ويترك للمشتري الشريك ما يخصه . يعني ان المشتري الشريك
مخالف في الحكم للمشتري غير الشريك لان غير الشريك ياخذ الشفيع من يده
جميع ما اشتراه والمشتري يعد كانه احد من وجبت له الشفعه فيتحاص
هو والشفيع في الصفقه بحسب نصيبيهما كما لو كان المشتري غيرهما وهذا
ظاهر لا يختلف فيه والله سبحانه اعلم وقوله واذا تنازعا في سبق الملك
تحالفا وتساقطا ومن نكل فعليه الشفعه . يعني ان الشريكين اذا تنازعا
في قدم ملك كل واحد منهما وزعم كل واحد منهما ان ملكه سابق على ملك صاحبه

وان صاحبه ملك بشرا وطلب اخذ نصيبه بالشفعه فلكل واحد منهما تحليف صاحبه
فان حلفا سقط دعواهما وكذلك ان نكلا وان حلف احدهما ونكل الاخر قضي
للحالف وجعلوا هذه اليمين وهي واحده تغني عن يمينين لانه اذا كان كل واحد
منهما مدعيا ومدعا عليه فينبغي ان يحلف اولا يمينا لصاحبه لينفي دعواه
ثم يحلف يمينا اخرى ليثبت حقه وان لم يتبين لك هذا في هذا الفرع الاول وهو
ما اذا حلفا جميعا فهو بين في الفرع الثالث اذا حلف احدهما ونكل الاخر
وقد تقدم شي من هذا في اختلاف المتبايعين وسكت المولف عن الحكم في نكولهما
استغنا منه بذكر الحكم في حلفهما معا فلو اقاما بينه نظر الى اقدمهما تاريخا
فقضي بها وقوله ويشفع من المشتري شرا فاسدا بعد الفوت لا قبله بالقيمه
الواجبه ❍ يعني ان من اشترى شقصا شرا فاسدا فلا يخلو ان يعثر على ذلك
قبل فواته او بعده فان كان قبل فواته فلا شفعه بل يجب فسخ البيع وان عثر
على ذلك بعد الفوات بما يفيت الرباع في البيع الفاسد وجبت الشفعه للشفيع
بقيمه الشقص لان ذلك هو العوض وهذا من الركن الذي ياتي بعد هذا وهو الماخوذ
به ولا اعلم في المذهب خلافا فيما قاله المولف في هذه المسله ولو قيل بعدم الشفعه
في هذا الفرع لكان له وجه ولاسيما على قول سحنون في البيع المجمع على فساده لان
لزوم القيمه في البيع الفاسد ليست من باب البيع حقيقه وانما ذلك عوض عن
استهلاك لكن ذلك المستهلك خرج من يد ربه اختيارا فراعوا فيه هذا القدر
فالحقوه بالبيع والله سبحانه اعلم هذا اذا عثر على البيع الفاسد قبل اخذ
الشفيع الشفعه فان لم يعثر عليه حتى اخذ الشفيع بالشفعه فقال في
المدونه يفسخ بيع الشفعه والبيع الاول قال لان الشفيع دخل مدخل المشتري
قال ابن المواز اذا اجزنا له الاخذ بالشفعه بعد الفوت فلا بد من معرفه الشفيع
بالقيمه التي لزمت المشتري فان اوجبها على نفسه قبل معرفته بالقيمه فذلك
باطل وقوله فان فاتت ببيع صحيح فبالثمن ❍ لما قدم الكلام على فوات الشقص

بما يفيت

بما يفيت البيع الفاسد في الربع الا البيع الصحيح اذا كان مفيتا للبيع الفاسد
حمل الكلام هنا ببيان الحكم اذا فات بالبيع الصحيح وذكر ان للشفيع الشفعه بالثمن
اي ولا يكون له الشفعه بالقيمه الا ان يكون المتبايعان قد ترادا ها قبل اخذ
الشفيع فتصير لثمن سابق على الثمن في البيع الصحيح فياخذ الشفيع بايهما
شا لبيعتين صحيحتين تقدمتا الشفعه قاله في المدونه وقوله وينقض
ما السعه وقفه وغيره ❍ يعني ان الشفعه لا يبطل بتصرف المشتري في الشقص
الا على الوجوه المتقدمه في المسقطات فلو بنى المشتري ما اشتراه مسجدا فللشفيع
هدم ذلك المسجد واخذ الشقص بالشفعه واذا كان له ابطال الحبس فاحرى
ابطال الهبه والصدقه وكذلك غيرها من عقود المعاوضات كالبيع والاجاره
وقال مالك في المدونه فيمن اشترى شقصا من دار له شفيع غايب فقاسم الشريك
ثم قدم الشفيع فله نقض القسم واخذه واستدل على ذلك بان القسمه فصاراها
ان تكون كالبيع فحاله الاخذ بالبيع الاول وابطال ما بعده من البياعات فكذلك
له الاخذ بالبيع الاول وابطال القسمه التي هي اضعف من البيع هذا معنى كلامه
في المدونه ووافقه عليه ابن القاسم واشهب في كتاب ابن المواز الا ان اشهب
اشار الى تردد في كتاب ابن عبدوس فقال انه ليأخذ بالتلف ان ليس له رد
القسم لانهم قاسموا من يجوز قسمه يعني لان المشتري قد قاسم بغيبه الشريك
وكيل الغايب ولهذا المعنى والله سبحانه اعلم قال سحنون يمضي القسم وللشفيع
اخذ ما وقع للمبتاع في القسم بالشفعه وقوله وياخذ باي البيوع شا
فينقض ما بعده ❍ قد تقدم الان انه من حق الشفيع ان ينقض ما فعله المشتري
فان اخذ بالصفقه الاولى وقد تعددت البياعات فانه ينقض ما بعدها
وكذلك لو كانت تلك البياعات هبات او صدقات او حبس فانه اذا اخذ
بالصفقه الاولى انتقض ما بعد ذلك وقال اشهب فان تبايع الحصص ثلاثه
فاخذها من الاول كانت عهدته عليه ودفع من ثمن الشقص الى الثالث ما اشترى

به لانه يقول لا ادفع الشقص حتى اقبض ما دفعته ويدفع فضلا ان كان الى الاول
وان نقص للثالث مما اشتراه به رجع على الثاني وليس للثالث حبسه حتى يدفع اليه
بقية ثمنه ثم يرجع الثاني على الاول بتمام ما اشترى به الشقص منه وان اخذها
من الثاني فعهدته عليه ويثبت بيع الاول ويدفع من ثمن الشقص الى الثالث
ما اشتراه به ويدفع فضلا ان كان للثاني وان نقص للثالث مما اشترى بها الشقص
شيء رجع به على الثاني ولا تراجع بين الاول والثاني بتمام بيعهما وان اخذها من الثالث
فعهدته عليه وتم ما قبل ذلك من بيع ٥ وقولـــــه المأخوذ به مثل
الثمن او قيمته في المقوم ● لما كان الشفيع يتنزل منزلة المشتري فيما وجب
له احله مريك وجب ان يدفع له مثل ما دفع ان كان مثليا وان لم يكن مثليا
دفع اليه قيمة عوض الشقص لا قيمته ولا يقال انه يدفع اليه قيمة الشقص
لانه الذي اخذ الشفيع من المشتري لانا قدمنا ان الشفعة انما هي في المعين
شرا من المشتري بالعوض الذي دفعه للبائع ولذلك كانت عهدته على المشتري
لا على البائع وقولـــــه فان لم يتقوم كالمهر والخلع وصلح العمد ودراهم
جزاف فبقيمة الشقص يوم العقد وقيل في المهر صداق المثل وقيل يبطل في
الدراهم ● يريد فان كان عوض الشقص لا يتقوم غالبا رجع الى قيمة الشقص
فيها تكون الشفعة لان العوض لزوم الشفعة في هذه الصورة خلافا لمن ذكرنا
خلافه قبل هذا والعوض ايضا ان القيمة تعذرت لان العوض لا يتقوم عادة
فيرجع الى اقرب الاعواض وذلك قيمة المبيع والله سبحانه اعلم وهذا هو
المشهور في هذه المسايل والاقرب عندي القول الشاذ في المهر لان البضع قد
يتقوم في النكاح الفاسد وغيره واما مسالة الدراهم ففي صحة فرضها على
المذهب نظر لان الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافا وانما تبع المولف فيها
من تبع الشافعية فان قلت نفرض ان التعامل بالدنانير والدراهم كان عندهم وزنا
واذا كان التعامل فيها وزنا جاز بيعها جزافا قلت يكون الحكم اذن هو قيمة ذلك

الجزاف

الجزاف ذهبا كما لو وقع التبايع بصبرة طعام فان قلت هل يدل كلام المولف على
زمن القيمة في اصل المسالة حيث قال او قيمته في المقوم ولم يقل يوم العقد
ولا يوم القيام وتعيينه زمن القيمة انه يوم العقد على تفرقته في الحكم قلت
لا يدل على ذلك بل على التسوية من باب الاولى لانه اذا كان العوض غير متقوم
ربما سبق الى الذهن ان القيمة لا تعتبر الا يوم قيام الشفيع او يوم الحكم له
بالشفعة اذ العوض حينيذ كالعدم واذا لم يعتبر هذا وجبت القيمة يوم
العقد فلان تجب في اصل المسالة اذا كان العوض عرضا غير متقوم اولى فان
تاملت دل كلام المولف بحسب مفهوم الخالفة حيث قال وصلح العمد على ان صلح
دم الخطا مخالف للعمد فكيف تكون الشفعة في ذلك قلت قد قال في المدونة
ان اخذ الشقص عن دم الخطا ففيه الشفعة بالدية فان كانت العاقلة اهل
ابل اخذه بقيمة الابل وان كانت اهل ذهب او ورق اخذه بذهب او ورق
تنجم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة وقال سحنون في المصالح عن جميع
الدية على شقص ان كان اعطى ذلك والعاقلة اهل ذهب او ورق فالصلح جايز
ويوجبه ابن القاسم عليهم بالاقل من قيمته او الدية ان كان صلحه عليهم وان
كانوا اهل ابل فان كان القاتل يعطي الشقص ولا يرجع بذلك على العاقلة فهو جابر
وان كان انما صالح عنهم ليرجع عليهم لم يجز الصلح لانهم مجبرون قال ابن عبدوس
وكان سحنون يقول في هذا الاصل بقول عبد الملك ان الدية لها حكم العرض فاذا
اشترى الشقص بالدية وهي دية فان كانت دنانير او دراهم قومت بالعرض
على ان يوخذ في ثلاث سنين ثم يقوم العرض بعين قال عبد الملك يوخذ ذلك
بالعرض الذي قوم به الدين قال سحنون وان كانت الدية ابلا قومت بالنقد على
ان توخذ في ثلاث سنين ثم ياخذ الشفيع بذلكا ويدفع وعلى ابن القاسم ومن
وافقه في كلامه اعتراض اضربنا عن ذكره وعن غير ذلك مما يتعلق بهذه المسالة
لان المولف ترك هذه المسالة وقولـــــه فان اشترى مع غيره فبما يخصه

لعله عرضا متقوما

ويلزم المشتري باقي الصفقة • يعني فان اشترى شقصا مع غيره فللشفيع
ان ياخذ الشقص وحده بما ينوبه من الثمن وهذا قول اكثر العلما وعن عثمان
البتي ان الشفيع اما ان ياخذ الجميع او يدع الجميع ولا يبعض الصفقة والذي قاله
الجمهور هو الاصل ولا حجة للمشتري على الشفيع ولا على البايع لانه دخل على
التبعيض واما قول المولف ويلزم المشتري باقي الصفقة فاشار بعض الشيوخ
الى ان الشفعة ان ردت الى انها ابتدا بيع مع الشفيع فلا كلام للمشتري مع البايع
وان ردت الى انها استحقاق لان الشفيع ياخذ الشقص من يد المشتري كرها
كان للمشتري ان يرد بقية الصفقة اذا كان الشقص جلها قال ابن المواز ان سلم
الشفيع الشفعة قبل معرفته بما يقع على الشقص من الثمن لم يجز قاله مالك وابن القاسم
واشهب فيمن اشترى شقصا وعبدا بعبد فان كان العبد من الشقص قدر ثلث
الجميع بالقيمة يوم الصفقة اخذه الشفيع بثلثي قيمة العبد ثم ان استحق العبد
رجع بايع العبد بثلث قيمة العبد على بايع الشقص وان ابتاع شقصا وقمحا بدنانير
فلا بد من التقويم للقمح والشقص فياخذ الشفيع حصة ما يقع للشقص قال ابن المواز
باع منه شقصا ومائة درهم بدنانير فلا بد ايضا من تقويم الدراهم والشقص
قال ابن المواز هذا على اصل اشهب بتجويز الصرف والبيع معا قلت ومذهب المدونة
جواز اجتماع البيع والصرف في عقده اذا كانت السلعة في دينار واحد لا يبالي هل
كان احدهما تبعا لصاحبه اولا وقوله والى الاجل ان كان مليا او بضامن ملي والا
عجله • يريد وان اشترى الشقص بثمن موجل فللشفيع اخذه بمثل ذلك الثمن الى
مثل الاجل بشرط ان يكون الشفيع مليا فان لم يكن مليا اتى بضامن ملي فان عجز
عن كل واحد من الوجهين عجل الثمن وحينيذ ياخذ الشقص فاو من قوله او بضامن
ملي للتفصيل وظاهر كلام المولف انه اذا كان الشفيع مليا اخذ بالشفعة سوا كان ملاوه
مساويا لملا المشتري او دونه وكذلك اذا لم يكن الشفيع مليا واتى بضامن ملي
فله الشفعة وان كان ملا الضامن دون ملا المشتري وظاهر قوله ايضا والا

مسئلة جواز اجتماع البيع والصرف

عجله

عجله انه اذا عجز عن كل واحد من الوجهين فانه يعجل الثمن والا سقط حقه
في الشفعة ولو كان المشتري عديما وعدمه مساو لعدم الشفيع او دونه
وهذه جمل فيها اضطراب في المذهب قال اشهب في الموازية والمجموعة ان لم يكن
الشفيع مثله في الملا اتى بحميل مثل ثقة المشتري وملايه وقال ابن الماجشون
ومحمد اذا كان الشفيع مليا وان كان المبتاع املى منه فليس عليه حميل ولم
يذكر في رواية ابن القاسم واشهب عن مالك ما شرطه وان اتفق المشتري
والشفيع في العدم فابى المبتاع تسليم الشفعة الا بحميل فقال ابن الماجشون
لا حجة له ولا حميل الا ان يكون اعدم منه فلياتي بحميل كالمشتري وقال محمد
اذا كان الشفيع عديما فلا شفعة له الا بحميل ثقة كان المبتاع عديما او لا قال
اشهب ان اشتراه بحميل او رهن فليس للشفيع وان كان املى منه اخذه الا بحميل
او رهن مثله وقال ايضا اشهب اذا كان املى من الحميل ومن المشتري اخذه بلا رهن
ولا حميل واختار محمد القول الاول وانظر لو كان الدين عرضا واراد الشفيع تعجيله
للمشتري وابى المشتري وطلب التاخير الى الاجل واخذ الحميل ولم يجد الشفيع
حميلا لين الحكم فلو لم يقم الشفيع حتى حل اجل الدين وودي الثمن فله من
الاجل مستانفا مثل اجل المشتري قاله مالك ومطرف وابن الماجشون واختاره
ابن حبيب فان لم يكن مليا ولم يات بحميل قطع السلطان شفعته ولا شفعة له
وان وجد حميلا بعد ذلك قال ابن حبيب وقال اصبغ لا ياخذه الشفيع اذا قام
بعد الاجل الا بنقد وفروع في هذا الفصل فروع اقتصرنا على ما يتعلق بكلام
المولف منها وتركنا ما عداه وقوله فلو احال البايع به لم يجز • يعني ان
احال المشتري البايع بثمن الشقص على الشفيع لم يجز لانه فسخ دين في دين
قاله ابن القاسم في المدونة قال وان عجل الشفيع للمبتاع قبضه ثم ليس عليه
ان يعجله للبايع وليس للبايع ان يمنعه من قبض الدار فلو اشترى الشقص بدين
للمشتري على البايع فقال ابن الماجشون ياخذه الشفيع بقيمة الدين من العروض

التي يتعجل نفعها كالحنطة والزبيب ولسحنون في المجموعة يقوم الدين بعرض ثم يقوم
العرض بعين ويأخذ الشفيع بذلك وقال مالك لا يأخذه الشفيع الا بمثل ذلك الدين
او بثمنه وكذلك لو كان البائع عديما ومثله عن اشهب زاد مطرف ولو اكثرت القيمة
فيه وقال اصبغ يأخذه بمثل الدين الا ان يهضم له هضيمة بينة فيأخذه بقيمة
الشقص لا بقيمة الدين واذا مليا بمثل الدين فقال مالك ان كان يوم قيام الشفيع
حالا اخذه به حالا وان كان بقي من الاجل شيء فالى مثل ما بقي من الاجل وقال اصبغ
انما يستشفع بمثل الدين حالا هكذا نقل الباجي قول مالك عن كتاب ابن حبيب اعني
قوله يوم قيام الشفيع حالا وقال بعض الشيوخ انه غلط قال وانما ينظر الى ذلك
يوم الشرا وكذلك هو في كتاب محمد وقوله وثواب الهبة كالثمن ولا يأخذ الا بعده
وقال اشهب ان كان قبله اخذه بالاقل ● يعني ان هبة الثواب لا تمنع من شفعة الشفيع
واذا كانت الهبة لغير ثواب لا تمنع من ذلك فاحرى هبة الثواب وقال الشافعي هبة
الثواب لا تجوز واجازها ابو حنيفة ولم ير فيها شفعة وقوله هذا قوي
جدا فاذا فرعنا على مذهبنا فالثواب يتنزل كما قال المولف منزلة الثمن فان كان
من ذوات الامثال فبمثله وان كان عرضا وان القيم فبقيمته هذا معنى قول المولف
وثواب الهبة كالثمن واما قوله ولا يأخذه الا بعده فمعناه انه اذا كان الثواب
مثل الثمن فقبل اخذ الواهب الثواب او الحكم لم يتقرر فلا شفعة وهذا
هو مذهب المدونة والمشهور وقال اشهب وابن عبد الحكم اذا فات الشقص
وجبت فيه الشفعة بالقيمة واما قول المولف وقال اشهب ان اخذه فمعناه ان الحكم
الذي قدمناه ولا عام على المشهور ان الشفعة تكون بمثل الثواب او قيمته سوا
سوا كان الشقص الموهوب قبل الثواب او بعده وقال اشهب في كتاب محمد ان فات
الشقص قبل دفع الثواب ثم اثاب الموهوب له فان الشفيع يشفع باقل الامرين
قيمة الشقص او قيمة الثواب وقال اللخمي القياس ان يستشفع بالاكثر من قيمة
الهبة او قيمة الثواب وهو الاظهر والله سبحانه اعلم ووجهه ظاهر لان قيمة الشقص

ان كان

ان كانت اكثر من الثواب فللواهب ان يقول انما قبلت هذا منه لصداقة بيني وبينه
او لما ارجوه منه بعد ذلك وان كان الثواب اكثر من قيمة الشقص فلان ذلك
هو العوض غالبا في هذا النوع وقوله وما حط من الثمن لعيب يحط اتفاقا
ولابرا فقال اشهب يحط وقال ابن القاسم ان كان مثله يحط عادة ● يعني ان الثمن
اذا تقرر في الشقص ثم اسقط منه شيء لموجب فان كان ذلك الموجب عيبا في
المبيع اسقط ذلك القدر عن المشتري لان الباقي بعد الساقط هو الثمن وان
كان المسقط انما المراد به استصلاح البيع فقال اشهب انه يحط عن الشفيع
وهو مراد المولف بقوله لابرا وحكى المولف عن ابن القاسم انه يحط بشرط
ان يكون ذلك القدر مما يحط عادة وهذا قول ابن القاسم في موضع من كتاب الشفعة
وله في موضع اخر فيمن اشترى شقصا بالف درهم ثم وضع عنه البائع تسع مائة
بعد ان اخذ الشفيع او قبل فانه ينظر فان اشبه ان يكون ثمن الشقص عند
الناس مائة درهم اذا تغابنوا بينهم او اشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن
الشفيع لان ما اظهروا من الثمن الاول انما كان سببا لتقطع الشفعة وان لم يشبه
ان يكون ثمنه مائة لم يحط الشفيع شيا وكانت الوضيعة هبة للمبتاع والتحقيق
انه لا بد من جمع كلامه في الموضعين فلا بد ان يكون الذي اسقط من الثمن مما
يسقط عادة ولا بد ان يكون الباقي بعد الساقط مما يشبه ثمن الشقص فتامله
وقوله ولا تنتقض الشفعة برد المقوم بعيب وعلى الشفيع بقيمته عند
ابن القاسم وقيمة الشقص عند سحنون فيجبر الشفيع وعلى المشتري قيمة الشقص
○ يريد ان من اشترى شقصا بعبد او لغيره من ذوات القيم فاخذ الشفيع
ذلك الشقص بقيمة العبد ثم اطلع البائع على عيب في العبد فرده الى البائع
فليس له على المشتري الا قيمة الشقص ولا ينتقض ما بين الشفيع والمشتري
ولم يجعلوه مثل البيع الفاسد لوجوب فسخ البيع الفاسد لحق الله تعالى
والقيام بالعيب من حق الادمي فلا يبطل به حق الشفيع وهذا معنى قول

موام للشفيع

المؤلف وعلى الشفيع قيمته اي قيمة الشقص عند ابن القاسم وقال مثله اصبغ
وهو اختيار ابن المواز وقال عبد الملك وسحنون ينتقض ما بين الشفيع والمشتري
كما انتقض ما بين البائع والمشتري ويكون على الشفيع قيمة الشقص كما كانت
على المشتري وهذا هو معنى قول المؤلف وقيمة الشقص عند سحنون ثم ان
الشفيع ان ياخذ بما حصل لمن بيد البائع ان كانت قيمة الشقص اكثر من
قيمة العبد وهذا معنى قول المؤلف فيخير الشفيع وان كانت قيمة العبد اكثر
رجع بما زاد على قيمة الشقص واما قوله وعلى المشتري قيمة الشقص فانما
يتم على هذا الوجه الاخير وهو اذا كانت قيمة الشقص اقل من قيمة العبد والاقرب
مذهب عبد الملك لان استحقاق العوض المقوم او ظهور عيب به يوجب فسخ العقدة
فان كانت فايتة وقع التراجع في القيمة وقد وقع لاشهب ما يوافق قول عبد
الملك في مسئلة المدونة في الكراء وذلك ان مالكا قال فيمن اكترى ابلا الى
مكة بشقص ففيه الشفعة بمثل كراء الابل الى مكة ولو اكترى به دارا
فبقيمة كرايها ولو اجر به اجيرا فبقيمة الاجارة ومثله لعبد الملك واشهب
قال ابن المواز عن ابن القاسم فان اخذ الشفيع بذلك ثم مات الاجير او انهدم
المسكن او هلكت الدابة بعد ان مضى نصف العمل ونصف السكنى والركوب
فلا يرجع بنصف قيمة شقصه لان اخذ الشفيع فوت وقال اشهب اذا ماتت
الدابة في نصف الطريق رجع المكارى بنصف قيمة الشقص ورجع المكري
على الشفيع بما رجع به رب الشقص عليه ويقاصه من نصفها اخذ منه
من قيمة كراء دابته الا ان يكون قيمة كرايها اكثر من قيمة الشقص فيكون
الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء دابته ويدع له من ذلك نصف قيمة
الشقص ونحو هذا لعبد الملك وقد جرى عبد الملك على اصله لكن
اشهب اختلف قوله واما قول المؤلف ولو وقع قبلها امتنعت فيعني به
ولو وقع الاستحقاق في هذه الصورة قبل الشفعة امتنعت الشفعة

لانتقاض

لانتقاض البيع قبل الشفعة نص على ذلك في المدونة ولا اعلم فيه خلافا
وقوله واما النقود فبدلها يعني ولو كان ثمن الشقص دنانير او
دراهم فاستحق او اطلع على عيب بذلك الثمن فلا اثر لذلك في اسقاط الشفعة
سواء كان الاستحقاق والاطلاع قبل الاخذ بالشفعة او بعده لوجوب
القضاء بمثل ذلك في البيع وقوله وفي غيرهما قولان ببدلها وقيمة
الشقص فيجيء في الشفيع القولان الضمير من قوله وفي غيرهما راجع
الى المقوم المذكور في صدر المسئلة والى النقود المذكور في الفرع السابق
اي وفي غير المقوم والنقود قولان كالطعام وشبهه من المكيلات والموزونات
اختلف روايات المدونة فيه هل حكمه حكم النقود فيلزم البدل او حكمه حكم
المقوم فتجب قيمة الشقص وهذا اذا كان الاطلاع على العيب بعد اخذ الشفيع
واما ان كان قبل الشفعة فانه ينفسخ البيع بلا خلاف فتبطل الشفعة
واما قول المؤلف فيجيء في الشفيع القولان فالالف واللام في القولين للعهد
وهما قولا ابن القاسم وسحنون السابقان في صدر المسئلة ومعنى هذا انا
اذا فرعنا على القول بان الواجب في الطعام وشبهه قيمة الشقص كما هو الحكم
في المقوم جاء القولان السابقان بالضرورة والله سبحانه اعلم وقوله
ولو تنازعا في قدر الثمن فالقول قول المشتري فيما يشبه بيمين والا فقول الشفيع
وقال اشهب القول قول المشتري فيما يشبه بغير يمين وفي غيره بيمين صورة
هذه المسئلة بينة ومن دعوا الاشبه عندهم ان يكون المشتري من الملوك وشبههم فكيف
الذين يرغبون في الدار الملاصقة لهم ويزيدون في ثمنها لما لهم فيه شركة
ولا شك ان الشقص ملك المشتري والشفيع يريد اخذه من يده فيكون القول
قول المشتري اذا اتى بما يشبه ولم يذكر في المدونة اليمين وذكرها في غير
المدونة ولا بد من ذلك واستضعفوا قول اشهب قال ابن المواز ان ادعى الشفيع
انه حضر المبايعة ويعلم ان الثمن اقل مما ادعاه المشتري حلف المشتري وان

كان لا حقيقه عنده لم يلزم المشتري يمين والمطرف في دعوى المشتري
السرق او غيره القول قوله بيمين وقال ابن حبيب ان ابى المشتري يسرف
ردا الى القيمه قال بعض الشيوخ وقد اختلف اذا اتى المشتري والشفيع
بما لا يشبه قال واعدل الاقاويل ان يحلفا جميعا وياخذ الشفيع بالقيمه
وان نكل احدهما وحلف الاخر كان القول قول الحالف وان طال الزمان حتى
نسي الثمن وقال المشتري لا اعلمه بطول الزمان وغيبه السفر سقطت
الشفعه وفي الموازيه والمجموعه اذا اتى المشتري بما لا يشبه وجهلوا
الثمن اخذه الشفيع بقيمته يوم البيع ونحوه لاصبغ قال في المدونه وان اقاما
بينه وتكافت في العداله كان الثمن كمن لا بينه لهما ويصدق المبتاع لان الدار في يديه
وقال سحنون لا يبطلان في التكافو والبينه بينه المبتاع ومثله لا شهب وحمل
هذا بعض الشيوخ على اتحاد المجلس واما ان كانت الشهادتان عن مجلسين ففي
كتاب ابن المواز القول قول الشفيع ان كان نوا عدولا وان كانت بينه الاخر اعدل
لانه ان كانت بينه الشفيع قبل فقد زاده في الثمن فلا يلزم الزياده وان
كانت بعد فقد اسقط عنه من الثمن واختلف عند عدم البينه هل تقبل
شهاده البايع قال ابن المواز لا يقبل قوله ولو كان عدلا ويقرب منه ما في
كتاب ابن مزين وقال ابن رشد لا يمتنع عندي ان يكون شاهدا يحلف معه
اذا كان لا يتهم في شهادته **وقوله** ولو انكر المشتري الشرا والبايع مقر
حلف وسقطت العهده وقيل ياخذه لان البايع مقر انه احق واختاره
اللخمي **ه** تجوز في اطلاق لفظي المشتري والبايع مع ان البيع لم يثبت وكلامه
يوهم ان القول الثاني عام في الحاضر والغايب وانما في كتاب محمد فيمن قال
انه باع من فلان وفلان منكرا وغايب انه لا شفعه له ان انكر وان كان غايبا
وان كان بعيد الغيبه فا... شفعه للشفيع لانه البايع مقر انه اولى به منه
فان قدم الغايب فاقر كانت العهده عليه وان انكر حلف ورجع الشقص الى

البايع

البايع قال محمد واحب الي ان لا يرجع الشقص الى البايع وان انكر الغايب
لان البايع مقر ان الشفيع احق به بذلك الثمن وتثبت عهده الثمن على البايع
قال اللخمي وقول محمد صواب وارى الحاضر مثله فانظر كيف فصل في هذا القول
نعم بين الغايب والحاضر وانما سوى بينهما اللخمي ولو ادعى رجل انه اشترى
شقص غايب فقام الشفيع فقال ابن القاسم في ... المدونه
لا شفعه له لانه ان اتى الذي له ذلك الشقص عرمه كما سكن واخذ
نصيبه وان قضي له بالشفعه ثم اتى فانكر البيع لم يكن على الذي قضي له
بالشفعه من الكراء شي وقال اشهب اذا كان الشقص في يد المدعي حتى لا يقدر
احد ان يخرجه من يده كانت له الشفعه فان قدم الغايب فاقر مضت وان
انكر اخذ شقصه ورجع المشتري بالثمن على الذي دفعه اليه

قوله القسمه ثلاثه لا شك في اصل مشروعيتها لقوله تعالى واذا
حضر القسمه اولوا القربى وفي ذلك احاديث صحيحه كقوله صلى الله عليه وسلم
الشفعه فيما لم يقسم وحديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق سته مملوكين
عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجزاهم ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعه وقال له قولا شديدا
وقوله صلى الله عليه وسلم مثل القايم في حدود الله والواقع فيها كمثل
قوم استهموا سفينه فاصاب قوم اعلاها وقوم اسفلها اما تنويعها اياها
الى ثلاثه في قوله مهاياه وقسمه بيع وقسمه قيمه فهي طريق الاكثر
وربما قسمت الى غير ذلك ولفظه مهاياه تضبط بالنون بين الالفين فكان
كل واحد من المتقاسمين هنا لصاحبه ما اعطاه وتضبط بالبا المثناه من
اسفل وكان كل واحد هيا لصاحبه ويسر له ما اعطاه **وقوله**
...لا في اجاره لا وغيره كدار او دارين باخذها كل واحد منهما او احدهما

والواقع

مده معينه ⊙ هذه قسمه المنافع المهاياه وهي قسمه المنافع واصلها
الاجاره فيجوز فيها ما يجوز في الاجاره وذكر المولف انها تنقسم قسمين لازمه
كاللزوم الاجاره وذكر لها مثالين احدهما ان تكون دارين لشريكين يسكنها
كل واحد منهما شهرا والثاني ان يكون لهما داران يسكن كل واحد منهما دارا
مده معينه والاخر الدار الاخرى كذلك ولا يشترط مساواه المدتين وانما
يشترط حصرها فقوله باخذ كل واحد منهما راجع الى قوله لدار وقوله او
احدهما راجع الى قوله او دارين وقوله مده معينه قيد راجع الى المثال الثاني
ويتضمن بعد الاول مثله وقوله وغير لازمه لدارين باخذ كل واحد منهما
سكنى دار ⊙ وهذه ايضا نوع من الاجاره على الخيار ولا يشترط فيها ضرب
الاجل لان كل واحد منهما له ان يحل منها متى ولا يمكن تصويرها بالمثال الاول
من مثالي اللازمه الا ان ياخذ احدهما بيتا من الدار مثلا وياخذ الاخر
كذلك قال مالك في المجموعه في عبد بين رجلين يقول احدهما لصاحبه دعني
اكريه هذا الشهر اخر كراه وتكريه انت في الشهر الاخر فلا يعجبني هذا
وشبهه في الخدمه وقال في كتاب محمد في الدابه بينهما لا يجوز ان يقول ما كسبت
اليوم فلي وما كسبت غدا فلك وكذلك العبد وان قال اخدمه انت اليوم وانا
غدا كان جايزا وكذلك انا شهرا وانت شهرا قال محمد انما يجوز في الخدمه مثل
خمسه ايام فاقل ولا يجوز في الكسب ولا يوم واحد وقد سهل ابن القاسم اليوم
الواحد وكرهه في اكثر منه واجازه في الخدمه وقال ابن عبدوس عن ابن
القاسم ان تهايوا في دور او ارض على ان يسكن كل واحد او يزرع ناحيه فذلك
جايز في السكنى والزراعه ولا يجوز في الغله والكرا قال ولا يجوز ذلك في
خدمه العبيد الا في اجل قريب كالشهر واكثر منه وما اشبهه ولا يجوز فيما بعد
واما الدور والارضون وما هو مامون فيجوز التهايي فيه السنين المعلومه
والاجل البعيد ككرايها وليس لاحدهما فسخه بعد ذلك وقوله الثانيه

فاقل

بيع

بيع لدارين او حصتين او علو وسفل او غير ذلك بان ياخذ كل واحد احداهما
بالاخرى ملكا ⊙ هذا النوع الثاني من انواع القسمه وهي بيع لا شك فيه ان
كانت بغير تعديل ولا تقويم واختلف فيها ان كانت بغير تعديل وتقويم هل
حكمها احكام البيع اولا وان كان بعضهم اطلق الخلاف فيها وليس من شرطها
اتحاد الجنس لما قلنا انها بيع ولذلك لا يحكم بها عند التشارع واختلف في
جوازها بالقرعه والمشهور انها لا تجوز فان قلت اليس قوله او حصتين تكرار
لقوله لدارين الا ترى انه ليس لكل واحد منهما من كل دار غير حصه فاذا تراضيا
بان ياخذ كل واحد منهما دارا وياخذ الاخر الاخرى فقد باع كل واحد منهما حصته
في احدى الدارين بحصته في الدار الاخرى قلت ليس بتكرار لان مراده بالحصتين
المقابلتين لدارين هو ان لهما جميعا حصه في دار ولهما كذلك من دار
اخرى فاخذ احدهما حصتهما معا من احدى الدارين وسلم لصاحبه
ما لهما معا في الدار الاخرى وقوله الثالثه وهي المقصوده لدار وبستان
فتصحح السهام ثم تعدل المواضع عليها بالقيمه لا بالمساحه ثم يقرع
فمن خرج سهمه من طرف تعين له سهام احدها ما يليه ⊙ هذا هو النوع
الثالث من انواع القسمه وهي التي يقصد الكلام عليها في كتاب القسمه وذلك
ان النوع الاول راجع الى الاكريه والثاني الى البيع وهذا هو المقصود
الاهم هنا وهو تمييز حق لا بيع على اصح القولين وليس مراد المولف بقوله
لدار وبستان انهما يجمعان معا في القسمه وانما مراده ان الدار تقسم ولا يمنع
من قسمتها اختلاف الاغراض في بيوتها وكذلك البستان يقسم ولا يمنع منه
اختلاف الاغراض في اشجاره ولو اختلفت اجناسها ثم بين المولف صفه هذه
القسمه في الربع بقوله فتصحح السهام الى اخره ومراده بذلك انه اذا اختلفت
انصبا الشركا وهم هنا اعم من الورثه وليس هم الورثه خصوصا وترد
السهام من نسبه السهم الاقل وتاتي باقل الاعداد التي تصح منها سهام الجميع

فاذا حصل لك هذا التعديل عدلت اجزاء الدار او البستان عليها بالقيمة لا بالمساحة
وربما اختلفت جهات الدار الواحدة في القيمة بحيث ان يكون الذراع من جهة
يساوي قيمة الذراعين من جهة اخرى ثم يقترع بينهم فمن خرج سهمه في جهة
فان كان ليس له الا سهم واحد اخذ الذي خرج سهمه بعده يليه وان كان له
سهمان فاكثر اخذ سهامه كلها في الجهة التي خرجت له وكذلك الثاني والثالث
قال ابن عبدوس يقوم القاسم النخل نخلة نخلة واذا كان من اهل المعرفة بقيمة ذلك
الموضع ويسال اهل الخبرة بما عرف من حال كل نخلة فقد تكون النخلة لها منظر
قليلة الثمرة واخرى لا منظر لها كثيرة الثمرة فاذا فرغ من ذلك جمعها كلها
وقسمها على قدر السهام وقوله وصفتها ان يكتب الشركاء في رقاع ويجعل
في طين او شمع وترمى كل بندقة في جهة ● الضمير المضاف اليه صفة راجع
الى القرعة الذي دل عليها قوله ثم يقرع ولا يرجع الى القسمة لان صفة
القسمة قد سبقت وان شاء القاسم صنع كما قال المؤلف ان يكتب اسما الشركاء
في رقاع وتجعل في طين وشمع وان شاء خلط الرقاع في كمه ويخرج اول
سهم ثم الثاني ثم الثالث وقوله فان تشاحوا في بداية احدى الجهتين
اقرع عليهما اولا وقيل تكتب الجهات مثلها ثم يخرج من كل واحد منها بندقة
فياخذ الاسم الجهة ● يعني ان المذهب اختلف على قولين هل يقرع القاسم
بين الجهتين ايهما يبدا بها اولا ولا اشكال انهم ان تشاحوا وذلك اقرع عليها
وان لم يتشاحوا عليها فقولان والاصل وهو مذهب المدونة انه يحتاج
اليه والقول الثاني انه لا يحتاج اليه لانه ارفع لنزاعهم وانما معنى المشاحة
هنا الخلاف في ذلك على قولين احدهما هي ان تكون القسمة مثلا من شرق
الى غرب فيريد احدهم ان يبدا بالجهة الشرقية ويقول الاخر بل بالغربية
والقول الثاني معنى ذلك ان يقول احدهما القسمة من شرق الى غرب ويقول
الاخر بل من جنوب الى شمال وراي هذا القايل ان تنازعهما على الجهة

الاول لا معنى له فاذا خرج للقاسم جهة معينة من شرق او من غرب ثم ضرب
لهم فخرج احدهم فاخذ سهمه فاختلف هل يستمر بعد ذلك ويرفع الرقاع
ممن خرجت قرعتها احدها الى جانب الاول سوا تشاح الباقون بعد ذلك
في اي الجهتين يبدا بها ام لا او انما هذا اذا لم يتنازع الباقون فان تنازعوا
على اي الجهتين يبدا بها القاسم اقرع بينهما ويكون الباقون من الشركا كمن اراد
الان انشا قسمة هكذا حتى لا يبقى الا شريكان فيقرع القاسم بينهما ولا يقرع
على الجهة اذ لا معنى لذلك وقوله واهل الفريضة الواحدة يجعلون
اولا كواحد ثم يقتسمون ثانيا ● يعني انه اذا كان الشركا بعضهم حصل
له الملك بالشرا مثلا وبعضهم حصل له بالميراث والذين حصل لهم النصيب
بالميراث كانوا اهل وراثة واحدة كما لو كانت الدار بين شريكين فمات
احدهما وخلف ورثة وارادوا القسمة فانه يقسم الدار على نصفين
ان كانت الدار بين الورثة وبين شريكهم ايضا فيجمع حظ الورثة الى
جهة ثم يكون الورثة بعد ذلك بالخيار في القسمة فيما بينهم او في الشركة
وهذا بلا خلاف لما تقدم في الشفعة ان الشريك الاخص اولى بالشفعة
من الشريك الاعم وقوله ولا يجمع بين اثنين في القرعة ● هكذا قال
مالك واختلف اصحابه في فهم مراده بذلك فحمل عليه ابن القاسم انه لا
يجمع بين اثنين فاكثر في نصيب ولو تراضوا بذلك غير انه قال في زوجة
وبنين ان الزوجة تاخذ في جهة والبنون في الجهة الباقية وان الزوجة
لا تكون في الوسط واستثنى هذه الصورة من عموم المسالة وقال اكثر اصحاب
مالك هذا الذي حمل عليه ابن القاسم انما يكون مع استوا الانصبا ولو اختلفت
الانصبا حتى كان جماعة ورثة لهم الثلث مثلا وللاخرين الربع وللاخرين ما
بقي او غير ذلك من الاجزا كان اصحاب كل جزء من هذه الاجزا يجمعون في القسم ثم
يكون اصحاب ذلك الجزء شركا يقتسمون ما خرج لهم ان شاووا ويتركونه على حكم

شركة غيرهم وقوله بخلاف ما لو قاسم شريكان ثالثا هذا بيع • هذه
المخالفة بينه لان الذي تقدم انما هو في قسمة القرعة وهذه قسمة مراضاة
وقوله هذا بيع بيان لسبب المخالفة بان المعاوضة بين المتبايعين تجوز
برضاهما على اي وجه كان ما لم يعرض فيها مانع من موانع البيع وذلك
مفقود من هذا الموضع وفي كلام المولف اشارة الى اختياره ظاهر المذهب
ان قسمة القرعة ليست ببيع وان قسمة المراضاة بيع وفي كل واحدة منهما
قولان وقد قدمنا ذلك وقوله القاسم الاثنان اولى من الواحد ولا يقبل
قولهما بعد العزل • يعني انه يجوز القاسم الواحد ولكن الاولى اثنان
لتردد امر القاسم بين الحكم والشهادة وقد غلبوا على هذا الموضع شبه الحاكم
فلذلك لا يقبل قولهما بعد العزل اي بعد عزل القاضي الذي بعثهما والى
هذا المعنى يرجع كلام الشيخ ابي اسحاق بن شعبان وظاهر كلام
المولف انه يقبل قولهما قبل العزل وهو قول ابن حبيب وان كان واحدا خلافا
لقول سحنون قال ابن حبيب واذا قسم بين ورثة بامر القاضي ثم انفذ ذلك
القاضي واشهد به ثم اختلفوا او نوزع بعضهم او تجاوز بعضهم الى حق صاحبه
ولم تحفظ البينة ذلك واحتاجوا الى شهادة القاسم فان كان هذا الحاكم هو
امره بذلك فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا كان الحاكم يعلم وبذكر الان
انه امره بذلك وان عزل فليمض اليوم شهادته وحده على ما وصف وقاله
ابن الماجشون وكذلك كل ما لا يباشره القاضي من الفعل والقسم والاحلاف
والكتاب والنظر الى العيب وشبهه فمامور مقبول القول فيه عنده لان فعله
في ذلك كفعله كانوا مرتزقين او غير مرتزقين قال ابن حبيب وان لم يكن
هذا الحاكم هو الذي امر القاسم فذكر مثل كلام المولف قال سحنون واذا
شهد قاسمان على ما قسماه بامر قاض او بغير امره بان كل انسان ممن قسما
بينهم قد استوفى نصيبه فلا تجوز شهادتهما لانهما شهدا على فعل انفسهما.

الحاكم

فظاهر

فظاهر هذا انه لا فرق بين القاضي الذي بعثهما ولا بين غيره وقوله وله الاجر
ان لم تكن له اجرة من بيت المال من المقسوم لهم على عددهم وقال اشهب على
حصصهم • ظاهر كلامه ان الاجرة مباحة على القسمة بالشرط الذي
ذكره وهو ان لا تكون له اجرة من بيت المال وظاهر المدونة وغيرها ان
ذلك مكروه والقول بالاباحة معروف على الوجه الذي ذكره وهو القياس
وينبغي ان يتامل ما ذكره المولف من الشرط ومعناه عندي ان يكون الذي
جعل له من بيت المال عوضا عن عمله واما ان كان جعل له ذلك على وجه
الاعانة خاصة فلا يحرم عليه الاخذ من الناس غير انه لا يبعد الكراهة
ثم كون الاجرة بعد ذلك على عددهم او على الحصص فيه تردد والقول
الاول هو مذهب المدونة واكثر عمل الناس على القول الثاني وقوله المقسوم
هو المشترك عقار وغيره • هذا صحيح الا ان فيه اشكالا وذلك ان المولف
قدم ان المقصود من هذا الباب هو النوع الثالث من انواع القسمة وهي
قسمة القرعة وقسمة القرعة لا تدخل في متشابه الاجزاء من المكيل والموزون
كالدنانير والدراهم والطعام وشبههما وهما غير العقار وقوله ويقسم كل
صنف مفردا • يعني انه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة
القرعة وحكى ابن عبدوس عن اشهب جوازه برضاهم والذي حكاه غيره عنه
انه موافق على هذا الاصل غير انه يخالف ابن القاسم في مسائل جلالة في حال
مثل ما وقع لابن القاسم في المدونة في مسالة النخلة والزيتونة بين رجلين
قيل له هل يقتسمانهما قال ان اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قسمتا بينهما باخذ
هذا واحدة وهذا واحدة وان كرهها لم يجبرا وان لم يعتدلا في القسمة تقاوياها
وباعاهما مثل ما لا ينقسم من شجرة او ثوب او عبد او غيره فقال سحنون
ترك ابن القاسم قوله لا يجمع صنفان مختلفان في القسم بالسهم وقد كثر كلام
الشيوخ على هذه المسالة وسلكوا في الجواب عن الاعتراض طرقا حتى قال بعضهم

كون

المراضات

انها قسمة مراضاة وهو بعيد اشترطه الاعتدال وهو غير مشترط في
قسمة المراضاة وقيل انما قال ذلك للضرورة فيما قل كما ان الارض الواحدة
تقسم وفيها الردي والكريم ولو كانت ارض مفترقة لم تجز ولو كثرت
اشجار الزيتون والنخل لم تجز جمعها الى غير ذلك من اجوبتهم ومثل هذه
المسئلة مما جرت عادة المولف بالتنبيه عليها وقوله وتجمع الدور المتقاربة
المبان المستوية نفاقا ورغبة مهما دعا اليه احدهم وهذا لو كانوا في
ناحيتين من البلد متساويتين • لا شك ان الدور اذا استوت وتقاربت في
المكان والنفاق ورغبة الناس فيها انها تجمع في القسم ويكون القول قول من دعا
الى ذلك واما ان اختلفت في بعض هذه الوجوه فقال سحنون اذا كانت احدى
الدارين قاعة لم تجمعا في القسم وان كان بنا احداهما اجود جمعتا اذا كانتا في
نمط واحد ونحوه عن ابن الماجشون اذا استوت الدور في بنائها وتقاربت
جمعت وقال في المجموعة عن اشهب اذا كانت دار في نمط واحد جمعتا في القسم
وان كان بعضها اعمر من بعض كالارضين في نمط واحد وبعضها اكرم
من بعض وقال سحنون ليست الدور كالارضين وقد تكون الدور في نمط واحد
ونفاقها مختلف قال ومن داري الى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف
قال الباجي النمط قد يستعمل بمعنى التقارب في الصفة فيقال هذه الثياب نمط
واحد قال ويحتمل ان يريد به المحلة الواحدة والتقارب في المكان واما لو كانت
الداران في ناحيتين احداهما بعيدة من الاولى الا ان رغبة الناس فيهما واحدة
فاشار في المدونة الى ما ذكره المولف هنا وهذا نص عليه ابن القاسم في المجموعة
قال الباجي فراعى اشهب تقارب الدور في النمط وراعى سحنون القرب والتساوي
في النفاق وراعى ابن القاسم التساوي في النفاق خاصة قال اشهب عن مالك اذا
تباعد ما بين منزلين مثل منزلي هذا ومنزلك بالثنية لم تجمع حيلان النخل والحوايط
واختلف في قسمة العلو والسفل وقال اللخمي واذا اختلفت قيمة الدارين

استوت

في نسخة الاصل اعمر ونمط

نكان

فكان سهمها الشي اليسير مثل ان يكون قيمة احداهما مائة والاخرى تسعين
فلا باس ان يقترعا عليهما على ان من صارت اليه التي قيمتها مائة اعطى
صاحبه خمسة لان هذا مما لا بد منه ولا يتفق غالبا ان تكون قيمة الدارين
سوا قال ويجمع الحوانيت بعضها الى بعض اذا كانت في سوق واحد او سوقين
بشرط تقارب الاغراض فان تباينت مما يرى انه لو علم احدهما انه يصير
ذلك له لم يرض فلا تجمع قال ولا تجمع الدور الى الحوانيت ولا الى الفنادق
ولا الى الحمامات واما جمع الفندق الى الحمام فيسال عنه اهل المعرفة فان
قالوا انه تتقارب فيهما الاغراض لم تجمع والا جمعت ولا تجمع الحوانيت
الى الفنادق وقد يستخف جمع الحوانيت الى ديار الغلة والضمير المجرور بالى
من قول المولف دعا اليه راجع الى الجمع والاحسن لو قال وهذا لو كانت
او كانتا وقوله الا ان تكون لواحدة معروفة بسكناهم فتفرد ان
تشاحوا فيها • استثنى هذه الصورة وهي ان تكون الدار معروفة بسكناهم
وظاهره بسكنى الشركا ومراده شركة الورثة والمسئلة في المدونة بالفاظ
مضبوطة والاكثر حمل لفظه على ما في كتاب ابن حبيب ان الرجل الشريف اذا
هلك وترك دارا كان يسكنها ولها حرمة لسكناه وترك دورا غيرها وان
كانت بالقرب منها فتشاح الورثة في تلك الدار فاراد كل واحد اخذ حظه منها
ان تلك الدار تقسم سهم وحدها ان حملت القسم ويعمل في غيرها ما ينبغي في
القسم وتركنا ما في المدونة وكلام الشيوخ عليه لاعراض المولف عنه
وقوله وكذلك القرى والحوايط والاقرحة تجمع ما تقارب مكانه
كالميل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف البعل • الاقرحة جمع
قراح بفتح القاف وهي المزرعة التي ليس عليها بنا ولا فيها شجر قاله الجوهري
واستعمل الفقها قرحا في المفرد قال عياض ولا يبعد صوابه ان كان سمع كقفيز
واقفزة وبعير وابعرة قال عن الخليل القراح من الارض كل قطعة على حيالها

تلك

من منابت النخل وغير ذلك قال ابن دريد القراح من الارض ما خلص طيبه قلت
والذي قاله الجوهري هو الاقرب لاستعمال الفقها ولا يبعد ان المؤلف اراد بهذه الانواع
التي ذكرها من قرى وحوايط واقرحه تجمع في القسم ولكن كل نوع من هذه تجمع
والقول فيها قريب من الكلام في الدور ولذلك شبه المؤلف احدى المسئلتين بالاخرى
وقد تقدم كلام سحنون وتفرقته بين المسئلتين قال بعض الشيوخ ولا خلاف
انه لا يجمع النضح مع البعل ولا مع السيح وقال في المدونه اذا استوت
العيون في سقيها الارض جمعت وان اختلفت في سقيها الارض وغزرها
قسمت كل ارض وعيونها على حده ويفهم اللخمي منه ما يشبه هذا الذي ذكرناه
عن بعض الشيوخ وذكر ان في روايه ابن وهب يقسم البعل مع العيون اذا
كان مشتبها في الفضل وقال ابن مسلمه يقسم البعل مع العيون ولا يقسم البعل
مع النضح الا برضا اهله قال اللخمي ولا وجه لهذا بل البعل مع النضح اقرب
من البعل مع العين واما الحوايط فاختلافها بحسب القرب والبعد شبيه
بما تقدم في الاقرحه والدور والبعل منها جنس واحد ونص مالك على ان
الجنس الواحد من النخل يجمع وان كان بعضه صيحاني وبعضه حعرور
واستحسن بعض الشيوخ على انه اذا كان في كل نوع منه ما يحمل القسم ان يقسم
كل نوع على حده واما اذا اختلفت الاجناس فقال ابن القاسم في جنه
فيها تفاح ورمان وخوخ واترج وغيرها من الفواكه مختلطه يجمع ذلك
كله في القسم بالقيمه والسهم قال سحنون هذا استحسان للرفق باجتماع السهم
قال وانا اكرهه هذا ما حكاه الباجي عن سحنون وظاهر ما حكى عنه ابن
يونس انه لا يقسم الا بالتراضي قال ابن القاسم وان كان كل شي من ذلك على
حده يحمل القسم قسم كل جنان على حده واختلف في الطيب مع الردي يكون
زرع واحد في الحوايط والاقرحه فظاهر المدونه انه يجمع وظاهر المجموعه
انه يقسم كل نوع على حده قال في المدونه وان ورثوا قريه على اجزا

مختلفه

مختلفه ولها ما ومجرى ما وورثوا ماها وارضها وشجرها وشربها قسمت
الارض بينهم عند مالك على قدر مواريثهم منها ولا يقسم مجرى الما ويكون لهم
من الما على قدر مواريثهم منها ولا يقسم فان قلت كيف يضبط قول المؤلف
وعيونه بالبا رعيا لمطابقه قوله وكرمه او بالنون رعيا للنثره القايده
فانه يشير بان البعل لا يجمع مع غيره فانه انما اشترط التساوي في ذوات
العيون كان هذا الشرط لا محاله معه وما في البعل مع غيره قلت الوجهان
سايغان ولكن الثاني منهما يقرب الى لفظ الروايه فالاولى حمل كلام المؤلف
عليه والله سبحانه اعلم ولو كان كل صنف من رمان وتفاح وغيره على
حده فقسم ان انقسم نخلا وحايط فيه اشجار مختلفه او نخل مختلفه فانه
يقسم مجتمعا وكل ارض فيها شجر متفرقه هذا ظاهر التصور وهو
المشهور في المذهب وقد تقدم الان كلام سحنون على ما حكاه عنه الباجي
وابن يونس وهو مما يليق ذكره في هذا الموضع وقد قال في المدونه في الارض
التي فيها اشجار متفرقه ها هنا شجره وها هنا شجره وارادوا قسمتها فليقسموا
الارض والشجر جميعا اذ لو قسموا الارض على حده والشجر على حده صار
لكل واحد شجره في ارض صاحبه فبين ان الاصل ما قاله سحنون ولكن
ترك للضروره وهو كالنص فيما حكاه الباجي عن سحنون ولا يقسم مجرى
الما جبرا ه قد قدمنا فوق هذا ما حكيناه عن المدونه في القريه التي ورثها
قوم ولها ما ومجرى ما وذلك هو الذي اختصره المؤلف ها هنا ومعنى كلامه
ظاهر مما قدمناه وقوله والبز كله صنف واحد ونص اليه ثياب الصوف
والا فريه اذا لم يحمل القسمه وقيل اصناف فالقطن والكتان صنف والخز والحرير
صنف والصوف والمرعزى صنف ويقسم المخيط مع غيره ه البز من
الثياب متاع البزاز قاله الجوهري قال القاضي عياض وقال صاحب العين هو ضرب
من الثياب وقال ابن دريد البز ما هو متاع البيت خاصه من الثياب والقول

حدة

وقوله

الاول من القولين اللذين ذكرهما المولف هو مذهب المدونه وزاد على ما ذكره
المولف انه تجمع الخز والحرير الا انه اطلق في موضع منها الكلام في جمع هذه
الانواع وقال في موضع اخر بعد ان ذكر مثل هذا وهذا اذا لم يكن في كل
صنف من ذلك ما يحمله القسم في انفراده واما ان كان في كل صنف من ذلك ما يحمل
القسم في انفراده فقسم كل صنف على حده وقال ابن القاسم ايضا في البسط
والوسايد لا تجمع مع الثياب والقول الثاني من القولين اللذين ذكرهما المولف
هو مذهب ابن حبيب الا انه زاد ان الديباج صنف لا ينضم الى الحرير والخز
قال وفرا الخز فان صنف لا تضم اليه فرا العلكلات لبعد اختلافهما ولا تضم
معموله الى فرا غير معموله وقال اشهب في المجموعه كل ما يجوز ان يسلم
واحد في اثنين الى اجل فلا يجمع في القسم وما لا يجوز ذلك فيه فهو صنف
يجمع في القسم قال ولو جمع ما يقع عليه اسم بز يجمع ما يقع عليه اسم دابه
فيقسم الرقيق مع الدواب وهذا هو الصحيح عند سحنون قال وهو الاظهر
عندي والذي وقع في المدونه مقيدا على الوجه الذي حكيناه ايضا حسن
وقد قيل انه لا يجوز جمع الثياب ولا غيرها من العروض والعبيد في القسمه
بالقرعه الا الدور والارضين واما قول المولف ويقسم المخيط مع غيره فهو
ظاهر الروايات ونص في بعضها الاما حكيناه عن ابن حبيب الان في الفرا
والخيل والبغال والحمير اصناف ه وقال في المدونه تجمع البراذين مع الخيل وعلى
اصل اشهب لا تجمع وخرج ايضا لابن القاسم من منعه سلم الحمير في البغال
منع الجمع هنا واما ما يتعلق بالمعارضه في ذلك فقد قدمناه ومحله من السلم
واما التخريج فضعيف لافتراق البابين عنده الا ترى انه تجمع هنا في القسمه
ما لا يمنع من سلم بعضه في بعض عنده واما العبيد فقال ابن القاسم يجمعون
وان كان فيهم الصغير والكبير والهرم والجاريه الفارهه وقال يجمع وتقسم النسا
المشتبهات بعضهن ببعض بانفرادهن والوصفا كذلك والبكر والتحويج على ما

تقدم

تقدم لابن القاسم واشهب في الثياب وقوله ولا يقسم الثمر مع اصوله ولو
كان بلحا او طلعا ويترك حتى يحل بيعه وكذلك الزرع مع الارض لانه طعام
وارض بطعام وارض ه يعني ان النخل اذا كان فيها طلعا فما فوقه لم يجز
قسم اصول النخل على ان يدخل في القسمه ما في تلك النخل من ثمر وعلى ان
يترك ذلك الثمر وكذلك الزرع مع ارضه لا يجوز قسمته على هذا الوجه
للعله التي ذكرها وهي الربا في بيع ارض وطعام بارض وطعام وكذلك النخل
بثمرها غير ان الطلع سابق على الاثار وحكمه حكم المعدوم فكان ينبغي
ان يجوز وانما يمتنع اذا قسمت النخل دونه لانه استثنا لما يوبر وهو
ممتنع على اصل المذهب وحكى بعض الشيوخ قولا بجواز المقاسمه في هذا
كله على اي وجه اتفق فيها اذا كانت الثمره لم تبلغ الى ان يجري فيها التفاضل
كالبلح الكبير وخرج فيها خلافا بالجواز ولو ازهت الثمره اذا ادخلت في
المقاسمه والزهو على هذا المعنى يمنع في قسمه الارض بزرعها وقد
علمت ان المشهور في اباز الزرع ظهوره من الارض فيجري في استثنا به وعدم
استثنايه على ما تقدم واما قول المولف ويقسم كيلا فمعناه ان الثمره اذا كانت
مما يجوز للبايع استثناوها صح ان يستثنيها الشريكان في المقاسمه وتبقى
شركه بينهما حتى اذا طابت جذاها وقسماها كيلا وقوله ولا يقسم شي مما
في روس الشجر بالخرص على المنصوص وكذلك البقل القايم الا التمر والعنب
اذا حل بيعها واختلفت حاجه اهلها فان امر الناس مضى على الخرص فيها
خاصه ه كلامه هذا صريح في ان الخلاف في قسم ما في روس الشجر ليس بمنصوص
وانما هو عنده مخرج وليس الامر كذلك وقد ذكر ابن القاسم في المدونه ان
بعض اصحابه ذكر ان ملكا ارخص في قسم الفواكه بالخرص فسالته عنه فقال
لا ارى ذلك قال ثم سالته عنه غير مره فابى ان يرخص فيه وقال اشهب عن ملك
في العتبيه والمجموعه لا باس بقسم جميع الثمار بالخرص من عنب ونخل وتين وغير

ذلك ان وجد وامن جنس ذلك وطاب وحل بيعه واختلفت حاجتهم اليه
وقال مثله ابن حبيب عن مالك واصحابه الا ابن القاسم واما قول المولف وذلك
البقل القايم فيعني آبه انه مثل ما في رووس الشجر والحلاوة فيه مخرج غير منصوص
وليس ايضا ذلك بل الحلا و فيه منصوص قال ابن القاسم لا يعجبني اذا اختلفت
حاجتهم اليه لان مالكا لم يجز الخرص فيما يجوز فيه التفاضل مثل التفاح وغيره
وقال اشهب في مدونته يقسم اذا بدا صلاحه وجاز بيعه قال وليس مثل الزرع
لان الزرع يدخله التفاضل ولا يحاط به كما يحاط بخرص الثمار وتجوز البقل
اثنان بواحد ثم اختلف متقدموا الشيوخ في فهم كلام ابن القاسم في البقل فحمله
سحنون على المنع جمله وانكر ذلك ابن عبدوس وقال انما منعه اذا كانت القسمه
على التاخير واما اذا كانت على الجد فيجوز قال وهو قول اشهب وتوول ايضا
على المدونه من موضع اخر وقد قلنا الان عن اشهب في مدونته انه اجاز ذلك
من غير شرط الجد واما التمر والعنب فاجازه في المدونه كما قاله المولف وذكر
شرطين احدهما ان يحل بيعه ولم يذكر المولف فيه خلافا وقال اشهب في المجموعه
لهم قسم البلح الكبير على الخرص وان لم يحل احدها الا بعد يوما او يومين او
ثلاثه او اكثر ما لم يزه فينتقض القسم لانه بيع الثمر قبل ان يزهي والشرط
الثاني ان تختلف حاجه الشريكين الى الثمر كما لو اراد احدها البيع واراد الاخر
الاكل او التيبيس لان ذلك هو الحامل على الترخيص لهم في الحقيقه ولو
اتفقت الاغراض لما كان للقسم في رووس الشجر فايده وقال ابن القاسم في قوم
ورثوا بلحا كثيرا او اشتروه ما زاد واقتسمته في رووس النخل فان اختلفت حاجتهم
اليه اراد احدهم اكله بلحا واراد الاخر بيعه بلحا فلا باس ان يقتسموه بالخرص
لان مالكا جعله كالبسر والرطب في تحريم التفاضل فيه قال فبذلك ينبغي ان يكون البلح
بينهما قال ابن عبدوس ولم ير سحنون هذا اختلاف حاجه اذا كان امرهم
يرجع الى الجد لان الذي ياكل يجد والذي يبيع انما يبيع على الجد ولا يترك

لان

لانه لو بطل القسمه قال الباجي وفي هذا نظر لان الجد يختلف في التاجيل والتعجيل
وزيد شرط ثالث ان يكون المقسوم يسيرا لان مالكا كرهه في الكثير جدا وراى
انه لا يختلف الحاجه اليه الا في اليسير فعلى هذا يرجع هذا الشرط الى الذي
قبله قالوا وشرط رابع ان يكون المقسوم كله بسرا او رطبا فلو كان منه بسر ومنه
رطب لقسم كل واحد منهما على انفراده ونص على ذلك اشهب ولا يضر اختلاف النوع
فيجوز قسمه وفيه العجوه والصيحاني وغير ذلك وكذلك العنب الاحمر والاسود
الا ان يابى احدهم فيقسم كل نوع على انفراده وقد تقدم في كتاب الزكاه السبب
الذي لاجله لم يدخل الخرص عند اهل المذهب فيما عدا التمر والعنب وقوله
ويسقي صاحب الاصل وان كانت الثمره لغيره كبايع الثمره يعني ان الشريكين
في الثمره دون الاصل لا يكون السقي عليهما وانما يكون على صاحب الاصل وذلك ان
يكونا مثلا اقتسما الاصول دون الثمره وبقيت الثمره شركه بينهما فاذا اقتسما
الثمره فقد يقع سهم احدهما من الشجره في اصل الاخر فقال ابن القاسم سقي الثمره
على مالك الاصل لا على مالك الثمره يريد لان القسمه كالبيع وقال سحنون بل
السقي على من له الثمره بخلاف البيع قال لان القسمه تمييز حق ولو كانت بيعا لم
يكن على صاحب الاصل الا ان يسقي نصف ما في اصله ونصف ما في نخل صاحبه
لان الثمره قد تختلف في الخرص فتعدل ثمره نخله ثمر نخلات فيختلف السقي
والخرص سوا ولان الجايحه في البيع دون القسمه قال مالك وسحنون واما من باع
اصل حايطه دون الثمره فالسقي على البايع لان المبتاع لا يسلم اليه حتى يجد
البايع ثمرته وقال المغيره السقي على مشتري الاصل لانه يسقي نخله فتشرب
ثمره هذا وقوله ويقسم ايضا البلح الكبير وان كان ربويا عند اختلاف
حاجتهم في اكله بلحا وبيعه بلحا فان ترك منه شي حتى يزهي بطلت قسمتهم بخلاف
الرطب يترك حتى يتمر قد تقدمت هذه المسله حيث ذكر المولف الشروط وانما
ذكرها المولف هنا وان كان فيما تقدم من كلامه ما يغني عنها لانها كالمستثناه

جوايح الثمره

بما تقدم فصرح بذكرها هنا وليبين الفرع الذي رتبه عليها وهو ان حكمها
في تركها الى الازها موجب لفسخ القسمة واحرى اذا تركت الثمرة حتى تتمر بخلاف
الزهو والرطب يترك حتى يتمر وقاس المسلتين في الروايه على البيع وذلك ان
البلح اذا بيع على الجد فتاخر جداده حتى ازهى فانه يفسخ واما بيع الزهو والرطب
على الجداد او بيع جزافا فتاخر جداده حتى اتمر لم يفسخ بل يجوز بيعه على هذا
الشرط اذا بيع جزافا قال في المدونه ولا باس بقسم البلح الصغير بالتحري على ان
يجداه مكانهما اذا اجتهدا حتى يخرجا من وجه الخطا وقال مالك وانما البلح الصغير
علف وقال ابن القاسم هو بقل من البقول ويجوز ان يقسماه وان لم تختلف حاجتهم
اليه ويجوز قسمه على تفاضل القسمة قال وان اقتسما هذا البلح فلم يجداه
حتى صار بلحا كبيرا لم ينتقض القسم لان بيع صغيره بكبيره متفاضلا جائز
سوا كان اقتسامهما على التفاضل او لا قال ابن يونس ونقل ابو محمد مسله اذا اكل
احدهما جميع حظه وبقي الاخر حتى صار بلحا كبيرا من المجموعه عن ابن القاسم وقال
فيها ان كانا اقتسماه على غير تفاضل او كان اذا كبر لا يتفاضل فجائز قال ابن يونس
وهذا نقل فيه نظر وانظر الاصل قلت الذي عندنا في نسخه من النوادر على
ظهرها ما يدل على انها قريت على الشيخ ابي محمد رحمه الله ان العطف بالواو
لا باو في قوله على غير تفاضل وكان وهو معنى ما في المدونه فتامله والمسايل
التي تتعلق بفصل المقسوم كثيره جدا والذي ذكرنا منها هو ما يتعلق بكلام
المولف فلنقتصر عليه وقوله المقسوم لهم الشركا وهذا من المعلوم
ضروره ان القسمه تستلزم تقدم الشركه والشركه لا تكون الا بين اثنين
فاكثر وقوله ويجبر من ابى القسمه يعني ان احد الشريكين اذا طلب
قسمه ما ليس في قسمته ضرر على واحد منهما فقضي له بذلك ولا اعلم فيه خلافا
لرفع ضرر الشركه ولو قيل بانهما اذا دخلا على الشركه ولا سيما ان كان ملكهما
بشرا وكان القسم مما يبخس الثمن ان يكون القول قول من ابى القسمه لكان له وجه

وقد

و قد قالوا في الدار تقسم وتترك الساحه لا رتفاقهم لا يجبر على القسم من
اباه وما قلته من عدم الجبر قال بعض العلما خارج المذهب وانما حملنا
كلام المولف هنا على انه اذا لم يكن على واحد منهما في القسمه ضرر لمقابلته
بما ذكره بعده وهو حكم قسمه ما فيه ضرر وقوله وفي الجبر فيما في قسمته
ضرر كالحمام والرحا والدار وايتان الا ظهر عدم الاجبار لان هذا الفصل مبني
على رفع الضرر او على ارتكاب اخف الضررين ولا شك ان بقاهما على
الشركه اخف الضررين لانه يمكنهما الكرا ولا يمكنهما ذلك مع القسمه
ولهذا اختار اللخمي انهما لو رضيا بالقسمه لمنعهما السلطان من ذلك في الحمام
وذلك الدار الصغيره والجدار ولهما لهذه المسله مثل كثيره كالمداد
والجدار والماجل وتتبعها في المطولات وربما وجدوا الخلاف في بعضها غير
ما هو في بعض وقوله وفي الحصه اليسيره لا تصلح للسكنى بانها تجبر
لصاحبها خاصه معنى هذا الفرع ان الشي الذي لا يكون في قسمته ووقوعه
ضرر كالدار الكبيره والارض الا ان فيها شركا كثيرين او قليلين لبعضهم
حصه يسيره لا تصلح للسكنى والمسله السابقه مفروضه فيما لا ينفك
وقوعه القسمه الا بضررها قال المولف في الحمام والرحا ففي هذا الفرع ثلاثه
اقوال احدها عن مالك وابن كنانه انه يقسم والقول الثاني لابن القاسم انه لا
يقسم والقول الثالث انه ان طلب ذلك صاحب الحصه اليسيره حكم لهم بالقسمه
وان لم يطلبها هو لم يحكم لهم بالقسمه وهذا قول ابن دينار والمطرف اذا كان
لا يصير لكل واحد ما ينتفع به لم تقسم وان كان يصير لواحد ما ينتفع به
دون الاخر قسمت قال اللخمي ان كان يريد بالقسم ان بعضهم ينتفع بنصيبه
فيعطاه ويبقى الاخرون على الشركه فحسن ليجمع نصيبهم ويصير الاخرون
اهل سهم وان كان يريد انه يقسم عليهم فيعطون ما لا ينتفعون به فليس بحسن
وقال ابن الماجشون لا يقسم الا ان يصير لكل واحد منهم ما ينتفع به في وجه

ثمنا ولا يشترط خصوص منفعة السكنى والا لم يتم والاصل نفي الضرر
ولازمه عدم الاجبار لكن قول مطرف حسن على ما فسره اللخمي والله اعلم
وقوله وتجبر من ابى البيع فيما لا ينقسم لمن طلبه اذا كانت حصته تنقص مفرده
لدفع الضرر كالشفعة • يعني ان كل ما لا يحكم فيه بالقسمة من ربع وغيره
اذا طلب بعضهم بيعه وابى غيره قضي لمن طلب البيع واجبر له من اباه لكن بشرط
ان يكون ثمن حصته من اراد البيع ينقص في الانفراد عن حال الاجتماع
وجعل الاصل في ذلك الشفعة وليس فيها لبير شفعة مجدها هنا اما اولا
فلان هذا الحكم عام في الرباع وغيرها واما ثانيا فلان الشفعة غلب
فيها حال المتمسك بنصيبه من الشريكين على حكم الاجنبي وهو المشترك
من الشريك البائع واما هنا فغلب حكم احد الشريكين على الاخر وهو ترجيح
من غير مرجح الى غير ذلك مما يرد على هذا القياس والله سبحانه اعلم ولكن
المذهب ما قاله المؤلف وان كان لبعض الشيوخ تاويلات واختيارات تتقيد
بها المسالة عندهم وذلك ان المذهب في هذا المبيع اذا وقف على ثمن بعد
ان سوق جميعه فمن اراد اخذه من الشريكين بذلك الثمن اخذه بذلك سوا
كان طالب التمسك وقال الداودي وعليه حمل مسالة المدونة انه لا يكون احق
بالمبيع منهما الا من طالب التمسك وحده ونفى ان يكون احد قال غير هذا
وقال ابن رشد ظاهر المدونة الا في رباع الغلات وما لا يحتاج
الى السكنى والانفراد فانه لا يجبر على البيع من اباه منهما قال لان رباع
الغلة انما يراد منها الغلة وقل ما يحط من ثمن بعضها اذا بيع على
الانفراد بل ربما كان الراغب في شرا بعضها اكثر من الراغب في
شرا جميعها وللخمي في هذه المسالة وفي مسالة الاجبار على القسمة
تفصيل تحصل منه هنا انه لا ينبغي ان يختلف فيما اشتراه الشركا
في بياعات منفردة يشتريه بعضهم بعد بعض فانه لا يجبر احدهم

طالب البيع

على احمال

على احمال البيع مع صاحبه لانه كما اشترى مفردا كذلك يبيع مفردا فلا يطلب
فيما اشترى باخراج شريكه من ماله وما صرح به المؤلف من اشتراط ان ينقص
ثمن الحصة مفرده خالف فيه بعض الشيوخ وراى ان المعتبر انما هو قصد
الاستبداد او غيره من المقاصد دون نقص الثمن وحيث حكمنا لمريد البيع
فالتمكين منه فهل تخلا الدار والحانوت وغيرهما لذلك اذا طلب احدهما الانفراد
او يكتفى بالتزام الساكن ان لا يمنع من اراد التقليب من الدخول في ذلك خلاف
للشيوخ واخبرني بعض قضاة بلدنا انه لا يحكم بالاخلا في الحوانيت وشبهها
ويحكم به في الدور ونحوها وفي هذه المسالة من الكلام اكثر من هذا واستيفاوه
في كتب الاحكام وقوله فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الباقي فله
رد الجميع • يعني فلو اطلع احدهما على عيب في معظم نصيبه وكان الباقي
من نصيبه لا عيب فيه فله رد الجميع ما بيده من معيب وسالم وتنتقض القسمة
فيبقيان بعد ذلك على ما كانا عليه قبل القسمة ويحتمل ان تكون الالف
واللام من قوله الجميع راجعة الى جميع المقسوم ويدل عليه قوله بأثر هذا
فان فات ما بيد صاحبه والمعنيان متقاربان لانه اذا كان له رد ما بيده
ورده بسبب لزم رد ما اخذه صاحبه كان له رد الجميع في المعنى وهذا موافق
لاصل المذهب في البياعات اذا اشترى ثيابا او غيرها بعبد او غيره من
ذوات القيم ثم اطلع على عيب في وجه نصيبه الثياب او اكثرها ان له رد
جميع الثياب واخذ العبد وكان له الرد باطلاعه على العيب في وجه ما اخذ
فكذلك يكون له الرد باطلاعه على العيب في اكثره واختلف في النصف فقيل
ليس له ان يرد وهو كالقليل على ما يقوله الان وقال اشهب هو كالكثير وقوله
فان فات ما بيد صاحبه ببيع او هدم او بنا رد نصف قيمته يوم قبضه وبقي
المعيب بينهما • يعني فلو كانت المسالة السابقة بحالها فرد اخذ المعيب
ما اخذه فكان بينهما نصفين وطلب اخذ نصيبه من السالم وحده فقد فات

بينا وما ذكرمعه فان من اخذ السالم يرد نصف قيمته يوم قبضه لمن اخذ المعيب
ويكون قيمة السالم وعين المعيب بينهما نصفين وهذا معنى ما في المدونة الا
انه قال فيها ان من اخذ السالم يرد قيمته اذا فات فيقتسمانها ومراده ما ذكرناه
وقال فيها ايضا ما قاله المولف ان هذه القيمة يوم القبض فان كان معناه ان يوم
القبض هو يوم القسم فصحيح والا فانظر هل يقال ان البيع الصحيح تلزم فيه
القيمة يوم البيع وهذا بيع صحيح او يقال لما انتقضت القسمة انتقض البيع فلا
يضمن الا ما قبض يوم القبض ان فات وتبقى الرواية على ظاهرها وانظر ايضا
هل يفوت السالم في هذه الصورة بحوالة الاسواق لا اعراض المبيعات تفوت بذلك
على المشهور وقد اشار بعضهم الى وجود الخلاف في ذلك هنا وقوله فان
فات ما بيده رد على صاحبه نصف قيمته وكان السالم بينهما • يعني فان فات ما
بيد من اخذ المعيب وكان العيب في اكثره او في وجهه فانه يرد نصف القيمة
يوم القبض على ما تقدم وياخذ نصف السالم فياخذ نصف السالم والمعيب وكذلك
ان كان النصيبان فاتا معا فيرجع على من اخذ السالم بنصف ما زادته قيمة
السالم على قيمة المعيب والفوات في المعيب لا يكون بحوالة الاسواق وقال ابن
حبيب عن مالك اختلاف الاسواق في ذلك فوت في جميع الاشيا الا في الدور
والارضين قال الشيخ ابو محمد فوت المعيب بحوالة الاسواق ليس بقول مالك وقوله
فان كان في غير وجهه رجع بنصف المعيب ثمنا في يده ثمنا وبقي المعيب بينهما فان
كان سبع ما بيده اخذ نصف سبع ما بيد صاحبه • هذا الكلام مقابل
لصدر المسالة وهو قوله فلو ظهر عيب في وجه نصيبه والذي هنا هو اذا ظهر
عيب في غير وجهه ويدخل تحته الاقل والنصف وقد قدمنا ان في النصف قولين
وذكر المولف انه يرد نصف المعيب اي اذا كان قايما ثم يرجع في قيمة نصف ما
قابله من السالم ويكون الجزء بينهما وهذا لا يعم جميع الصور وانما يتناول منها
ما اذا العيب متميزا في جهة عن السالم واما اذا كان العيب يعم جميع ما اخذه احدهما

لكنه

لكنه ينقص من ثمنه يسيرا فلا يتاتى رد شي منه على من اخذ السالم لكن يرجع
عليه بنصف قيمة ما زاده السالم على المعيب وهذا الذي قلناه في العقار لانهم
في المشهور لم يمكنوا المشتري من رده بكل عيب كما علموه في غيره وقال اشهب
في مسالة المولف هذه يرجع صاحب المعيب شريكا مع من اخذ السالم بالقدر
الذي وجب له الرجوع به وقال ابن المواز اذا استحق مما في يد احدهما شي انتقض
القسم ولم يفرق بين قليل ولا كثير وقول محمد هذا وان كان موضعه ما ياتي
بعد هذا ولكن له تعلق بهذا الموضع وفي هذا الفصل ذكره اللخمي واختار
هو ان القسمة اذا كانت بالتراضي فالحكم على ما قاله ابن القاسم وان كانت بالقرعة
كان القول قول من دعا الى نقض القسمة ولو كان المعيب يسيرا قال لان زوال
ذلك من يد احدهما بالرد بالعيب او بالاستحقاق يبين ان القرعة وقعت في غير
موضعها وانها لم تعتدل قلنا والذي قاله ظاهر بشرط ان يكون الحكم في غلط
القاسم نقض القسمة وقوله وان استحق بعض معين فقال ابن القاسم كالعيب
وقال مالك الا ان يكون كثيرا ولم يفت الباقي فله ان يكون شريكا لصاحبه
بقدر نصف ذلك مما في يده • معنى هذا الكلام ان الشركا اذا اقتسموا
دورا بينهم ما استحق من حظ احدهم شي معين كبيت من دار او استحق
دار من دور فان كان هذا المستحق هو جل حظه او اكثره فقال ابن القاسم
تنتقض القسمة فيكون ما بقي بعد الاستحقاق مع جميع ما بيدهم او بيد
الاخر ان كانا اثنين شركة وان كان المستحق هو النصف او الاقل رجع على
صاحبه بنصف قيمة ما قابل الجزء المستحق من نصيب الذي لم يستحق من يده
شي هذا هو معنى ما نسبه المولف الى ابن القاسم وظاهر كلامه سوا كان الباقي
على حاله او فات ووافقه مالك على ذلك الا في استحقاق الاكثر فظاهر كلامه
عدم انتقاض القسم جبرا ولكن يكون الخيار في ذلك للمستحق من يده وفي مثله
بما بقي بيده ويستوي استحقاق الاكثر واليسير اذا لم يختر النقض وظاهر كلام

ذلك

اشهب انه لا ينتقض القسم باستحقاق بعض نصيب احدهما كثيرا كان المستحق
او يسيرا والذي يشبه لابن القاسم هو ظاهر المدونه وله فيها ايضا في شريكين
اقتسما دارا بينهما بالسوا فاخذ احدهما ربعها من مقدمها واخذ الاخر
ثلاثة ارباعها من موخرها فاستحق نصف نصيب احدهما لم ينتقض القسم
قال ورجع على صاحبه بربع قيمة ما بيده وقال بعض الشيوخ يبين الذي
يحصل عندك في وجود العيب والاستحقاق يطرا بعد القسم ان ينظر فان
كان ذلك كالربع فاقل رجع بحصة ذلك ثمنا وان كان فوق النصف انتقض
القسم وابتدايه وان كان نحو النصف والثلث فيكون بحصة ذلك شريكا
فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم واستحسن هذا التحصيل ابن يونس الا انه
استشكل منه مخالفته لقوله في بعض مسايل المدونه رجع على صاحبه
بربع قيمة ما بيده قال ولو قال في المدونه ربع ما بيده لاستوت المسايل
قلت وقد دونت هذه المسله على الوجه الذي تستوي به المسايل فانظره
في التنبيهات ومسايل هذا الفصل اطال شراح المدونه الكلام عليها وما
ذكره المولف منها هو اللايق بكتابه فان كان المستحق شايعا فلا كلام لواحد
من الشريكين على صاحبه لانه استحق من نصيب احدهما مثل ما استحق
من نصيب الاخر ولذلك لم يبين المولف حكمه وان كان تقسيمه يشير اليه بقوله
وان استحق بعض معين وقوله ولو ظهر دين وامتنعوا او احدهم من
اداية فسخت يعني ان الورثة اذا قسموا دورا وشبهها من غير العين ثم
اطلعوا على دين على الميت فانهم ان اطاعوا باداء ذلك الدين تمت القسمة وان
ابوا من اداء الدين او رضي بذلك البعض وابى منه البعض فسخت القسمة لوجوب
قضاء الدين قبلها لقوله تعالى في الميراث من بعد وصية يوصي بها او دين وقد
يدل قول المولف لو ظهر على انهم لو اقتسموا التركة مع علمهم بالدين لفسخ القسم
بينهم وان نظروه على ما قيل في ذلك وانما نبهناك على هذا هنا لانه متعلق بلفظه

فتامله وقوله وما تلف بسماوي فهدر ومضى بيعهم بغير محاباة ويوفي
دينه مما وجد ويتراجعون يعني انا اذا حكمنا بفسخ القسمة جرى
الامر فيما بايديهم اذا هلك على حكم الاستحقاق وقد علم ان المستحق
من يده اذا لم يكن غاصبا انه لا يضمن ما هلك بيده بسبب سماوي ولا
يقال على هذا التقدير فيلزم الا يمضي البيع ولو كان بغير محاباة لان
المستحق يبطل بعض البيع لانا نقول شبهه الاستحقاق التي قلناها
انما معناها ان قصارى الامر شبهه الاستحقاق لا انه استحقاق حقيقة
لان حق المستحق يتعلق بعين الشي المستحق وحق الغريم هنا انما تعلق بالتركة
من حيث الجملة الا ترى انه اذا تطوع احد بدفع الدين لزم خلال الغريم
قبوله بخلاف الاستحقاق فلذلك لم يكن له حق في نقض البيع السالم
من المحاباة وربما كان الثمن الذي باع به الوارث اكثر من قيمة المبيع الان
هذا كله اذا كان الدين الطاري يغترف التركة فان كان لا يغترقها فللغريم
ان ياخذ دينه ممن وجده من الورثة ولهم الرجوع بعضهم على بعض وهذا
هو مراد المولف بقوله ويوفي دينه مما وجد ويتراجعون فان قلت هل
في قول المولف ومضى بيعهم بغير محاباة دليل على ان المحاباة كالهبة وان
الهبة تنتقض اذا وقعت من احدهم قلت ذلك محتمل لان من باع سلعة
بدون ثمنها واهب لبعض تلك السلعة وقد يقال انما وهب جزء ثمنها لا
جزءها والاول اقرب وقد اختلف هل يضمن الواهب المتصدق
والمعتق في هذه المسله وكذلك البيع قال ابن حبيب يضمن بذلك فيدفع
للغريم ولا يرجع على الموهوب له ولا على المشتري بشي وذهب اشهب
وسحنون الى انه لا يضمن فيرجع الغريم على الموهوب له ويرد العتق
فان ادعى احد الورثة تلف ما اخذه ولم تقم بينة على صدقه فيصدق
فيما لا يغاب عليه مع يمينه ولا يصدق فيما يغاب عليه من العروض واختلفا

اذا قامت البينه بتلف العين وشبهه من المكيل والموزون على ثلاثه اقوال احدها
انه يبرا والثاني لا يبرا والثالث الفرق بين العين وغيره فلا يبرا في الاول
ويبرا في الثاني وقوله وقال سحنون لا ينفسخ ويباع مما بقي بيد كل واحد منه
او من عوضه بنسبه ما ينوبه الى قيمته يوم البيع للدين او يفديه بما ينوبه
ومن تعذر اخذ من غيره الى منتهى ما بيده ويتراجعون معنى هذا الكلام
ان سحنون يخالف في فسخ القسمه اذا امتنعوا او امتنع احدهم من اداء ما
ينوبه ويرى ان اللازم حينيذ ان يباع مما بيد كل واحد منهم من نصيبه
الذي اخذه بنسبه ما ينوبه من الدين وتكون هذه النسبه معتبره بيوم الحكم
وهذا هو معنى قوله الى قيمته يوم البيع للدين هذا كله على دوا به اذا بقي
ما اخذه من التركه بيده واما ان باعه فيلزمه من عوضه نسبه ما كان
يلزمه من الدين ان لو قسموا الدين عليهم ورضوا باداية ما لم يكن الذي اخذه
في العوض بغير محاباه اقل من منابه من الدين فانه تخير في ذلك او في اداء ما ينوبه
من الدين على الوجه الذي قلناه الان وهو مراد المولف بقوله او يفديه بما ينوبه
وما ذكره المولف عن سحنون نقص وتلفيف فلناتي به من كلام ابن يونس قال
عن ابن عبدوس قال سحنون ان الدين اذا لحق لم ينتقض القسم وهو تمييز
حق ليس بيع والدين شايع في جميع ما بايديهم ويكون على جميع الورثه
لا على قدر مواريثهم فيقبض بهم الى اذ قد يكون احدهم غبن في القسم او بغير
سوق ما بيده فيودي اكثر مما بيده ولكن يقوم ما بيد كل واحد يوم البيع
للدين ويقسم عليه الدين مما وقع على كل واحد بيع مما بيده بقدره ولكل واحد
ان يفتك ما يباع عليه باداء ما ينوبه واذا كان في البيع من نصيب كل واحد
ضرر على طالب الدين لطوله وكان بيع ما بيد احدهم اعجل ثمنا فليبع ما هو
الجزله مما هو بيد احدهم ثم يرجع على اخوته بمقدار ما كان ينوبهم من الدين
يوم قضاه وقال اشهب مثل قول سحنون الا انه قال بعض الدين على الاجزا

التي

التي اقتسموا عليها زادت قيمتها او نقصت ما كانت قايمه ما لم تفت وقال بعض
الشيوخ اختلف اذا كان الدين يغترق بعض الحاضر والقسمه بالقرعه
اي وقد هلك ما اخذه بسماوي فقيل لا يرجع من استحق ذلك من يده ولا
يرجع عليه وقيل يرجع عليه ولا يرجع وقيل يرجع ويرجع عليه
واما قول المولف ومن تعذر اخذ من غيره الى منتهى ما بيده ويتراجعون
فمعناه ما ذكره ابن يونس عن سحنون فوق هذا واذا كان في البيع من نصيب
كل واحد ضرر الى اخره غير ان كلام المولف يدل على انه لا ينتقل الغريم
عن احدهم بما ينوبه الى غيره الا عند التعذر وكلام سحنون هذا له ذلك
لمجرد الضرر والضرر اخف من المتعذر فتامله قال ابن القاسم في المدونه
واذا جنى على الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدين ثم لحق الدين فان جميعهم يتبع
الجاني لانتقاض القسمه بلحوق الدين وقال اشهب هذا ان اخذ الدين من جميع
الورثه واما ان اخذ من احدهم فانما يرجع هو وحده على الذي صار له ذلك
العبد بما يصيبه من العبد وله من الجنايه بقدر مصابته من العبد وقوله
ولو طهر وارث والمقسوم كدار فله الفسخ هذا ظاهر لان حق هذا
الطاري عند كل واحد منهم بعينه فيما في يديه فلو لم تنفسخ القسمه لتميزت
حقوقهم دون حقه وذلك باطل الا ان يرضى بمشاركة كل واحد منهم وقوله
وان كان المقسوم عينا رجع عليهم ومن اعسر فعليه اذا لم يعلموا به وقال
اشهب من اعسر فعلى الجميع وهذا ظاهر ايضا اذا كانوا امليا لانه شريك
لكل واحد منهم فياخذ منه ما ينوبه واما ان وجد بعضهم عديما فقال
مالك وابن القاسم واصبغ انه مثل ما اذا وجدهم امليا يتبع كل واحد منهم
بمنابه وقال اشهب وابن عبد الحكم ان الطاري يقاسم من وجد من الورثه
مليا ما صار له حتى كانه لم يترك الميت غيرهما ثم يتبعان بقيه الورثه ممن
ايسر دخلوا معه وساووه هكذا حتى يعتدلوا وهذا هو مراد المولف بقوله

عن اشهب من اعسر وعلى الجميع وقال ابن المواز فان ترك على هذا امراه وابنا
فاخذت المراه الثمن والابن ما بقي ثم طرا دين على الميت احدي فوجدت صاحبتها
عديمه والابن مليا فلترجع على الابن بثلث خمس ما صار اليه وهو جزء من
خمسه عشر مما في يديه لان له اربعه عشر من سته عشر ولكل واحده
من الزوجتين سهم ثم يرجعان على الزوجه بنصف ما اخذت وكل ما وجدا
عندها من ذلك اقتسماه على خمسه عشر حتى يستوفياه وقوله ولو ظهر
موصى له فان كان بنصيب فكالوارث او بدنانير ونحوها فكالدين وقيل كالدين
مطلقا • يعني انه اذا طرا موصى له على الورثه فان كان اوصى له بدنانير
ونحوها فكطرو الدين عليهم لوجوب بيع التركه او بعضها للوصيه كما
يباع للدين وان كان اوصى له بجزء كالثلث والربع ففي ذلك قولان احدهما وهو
مذهب المدونه ان ذلك كطرو وارث على الورثه لانه ليس بمقدم عليهم
في المعنى الا ترى ان له الثلث ولهم الثلثان والقول الثاني انه كطرو الدين
لظاهر قوله تعالى من بعد وصيه يوصي بها او دين والذي حكاه ابن حبيب
عن اشهب في قسمه العين والطعام وما لا يعرف بعينه مثل قول ابن القاسم
قال ولو اقتسموا عروضا او رقيقا اشرك كل واحد منهم فيما بيده الا ان
يكون لو قاسمهم اياها على اجتماعهم اجتمع له حقه في شي واحد او شيئين
قال الشيخ ابو عمران عن الشيخ ابي الحسن القابسي اذا ترك الميت ثلاث مايه دينار
عينا وترك ثلاث بنين واخذ كل واحد منهم مايه ثم طرا موصى له بالثلث
وقد تلف بيد الاثنين المايتين ووجد في يد الثالث مايه فصاحب الوصيه
اولى بها لانها عين تركه الميت قال وقاله ابن المواز قال ابن المواز انظر كانه
راي ان التركه اذا كانت كلها عينا صار كالموصى له بتسميه بخلاف العرض
قلت الذي قاله الشيخ ابو الحسن رحمه الله مخالف لظاهر المدونه لانه
قال فيها عن ابن القاسم واذا طرا وارث او موصى له بثلث بعد القسم

والتركه

190

والتركه عين او عرض فانما يتبع كل وارث بقدر ما صار اليه من حقه ان
قدر على قسم ما بيده من ذلك ولا يتبع الملي بما على المعدم وليس كغريم
طرا على ورثه ولكن كغريم طرا على غرما

قوله القراض اجاره على التجر في المال بجزء من ربحه • الذي
ذكره هو معناه في الاصطلاح واما اللغه فقال الجوهري المقارضه المضاربه
وقد قارضت فلانا قراضا اي دفعت اليه مالا يتجر فيه ويكون الربح
الربح بينكما على ما تشترطان والوضيعه على المال قال بعضهم واهل
الحجاز يسمونه القراض واهل العراق يسمونه المضاربه ولا يقولون قراضا
البته من قوله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ومن
قوله تعالى واذا ضربتم في الارض وقال القاضي عياض انه يسمى بالوجهين
واما تفسير المولف لحقيقته العرفيه بما ذكره فمقصور كلامه بين واورد
عليه انه غير مانع لدخول هذه الصوره من الاجاره في مسمى القراض الا
ترى ان من اجر رجلا على ان يتجر في مايه دينار دفعها اليه سنه
بثلث ربحها فان رسم المولف ينطبق عليها وايضا فان هذه الصوره التي
فسر بها لا تجوز قراضا ولا اجاره واما القراض فانه لا ينعقد بلفظ
الاجاره واما الاجاره فظاهر لانها اجاره بعوض مجهول فربما
كان هناك ربح وربما لم يكن وبتقدير ان يكون فقدره مجهول ايضا
فصار كانه يقول القراض اجاره مجهوله واجيب بان معنى القراض هو الاجاره
على الصفه المذكوره ولكن هذا المعنى لا ينعقد بكل لفظ بل بلفظ
القراض وغيره من الالفاظ التي يذكرها الفقها وانعقاده بتلك الالفاظ
ليس من تصوره في شي وانما هو من احكامه فيرجع ذلك الى التصديق
والكلام الان في التصور وبهذه الطريقه يندفع كثير من الاسوله عن
التعريفات فتامله قال غير واحد ولا خلاف في جواز القراض بين المسلمين

من حيث الجملة قال ابو عمر بن عبد البر وكان القراض في الجاهلية واقره
الرسول صلى الله عليه وسلم ونقلته الكافة عن الكافة كما نقلت الدية
وشبهها وقد ذكر الايمة من اهل المذهب والشافعية في كتبهم على سبيل
التانيس بالاثار قضية عبد الله وعبيد الله ابني عمر التي ذكرها الامام
في الموطا وانهما خرجا في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على ابي موسى
الاشعري وهو امير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو اقدر لكما على امر
انفعكما به ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله عز وجل اريد ان ابعث به الى
امير المومنين فاسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق تؤديان
راس المال الى امير المومنين ويكون لكما الربح فقالا وددنا ففعل وكتب الى
عمر رضي الله عنه ان ياخذ منهما المال فلما قدما باعا فاربحا فلما دفعا
ذلك الى عمر رضي الله عنه قال اكل الجيش اسلفه مثل ما اسلفكما قالا لا
فقال عمر ابنا امير المومنين فاسلفكما اديا المال وربحه فاما عبد الله فسكت
واما عبيد الله فقال لا ينبغي لك يا امير المومنين هذا لو نقص المال او هلك
لضمناه فقال عمر اديا فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل
من جلساء عمر يا امير المومنين لو جعلته قراضا فقال عمر رضي الله عنه قد
جعلته قراضا واخذ عمر رضي الله عنه راس المال ونصف الربح واخذ
عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم نصف الربح ويقال ان الرجل الذي
اشار على عمر رضي الله عنه بان يجعله قراضا هو عبد الرحمن ابن عوف وهذا
مما يدل على ان القراض كان معروفا عندهم معمولا به قال الغزالي ولعل
مستندهم فيه مجيء المساقاة اذ كل واحد منهما معاملة يحتاج اليها رب
المال لتنميته وهو عاجز عنه بنفسه لقصوره عن استيجار غيره قلت
وقول ابي عمر الذي قدمناه ان النبي صلى الله عليه وسلم اقره مع الاجماع
الذي نقله غير واحد يغني عن القياس على المساقاة وعلى غيرها وايضا

فان القراض

العشرين

فان القراض متفق على جنسه والمساقاة يختلف فيها وقوله المال نقد معين
معلوم مسلم هذا احد اركان حقيقة القراض وقد انطوى الرسم عليه
حيث قال اجارة على التجر في المال وتتبين احكام هذه القيود من كلام المولف
عليها الان واحدا واحدا وقوله فلو ان غير مسكوك يتعامل به جاز
حكى بعض الشيوخ اتفاق المذهب على ذلك قال مالك في كتاب محمد قد عمل
الناس بالقراض قبل ان تضرب الدنانير والدراهم ويرد العامل اذا نض
مثل راس المال الذي اخذه وقوله ويجوز بالمغشوش على الاصح
الاقرب ان كان غشا معلوم القدر كالثلث او الربع فيجوز والامر فيه
اخف منه في الفلوس وبالمنع قال الشافعي وابو حنيفة ان كان الغش النصف
فاقل جاز وقوله وفي التبر روايتان ورجع عنه ان قول مالك اختلف
في جواز القراض بنقر الذهب والفضة اذا لم يكن التعامل بها بالبلد فاجازه
ثم رجع عنه الى المنع قال ابن القاسم وقد ذكر بعض اصحابنا ان مالكا سهل
في القراض بتبر الذهب والفضة فسالت مالكا عن ذلك فقال لا خير واجازه
ابن وهب وروي عن ابن القاسم الكراهة قال ابن القاسم فيما رواه عنه
ابن المواز على القول بالمنع فان نزل بالنقير فعمل به فربح او خسر امضيته
على ما تقارضا وقال اصبغ لا ينبغي ان نزل عمل به او لم يعمل وقال ابن حبيب
ان عمل به واراد المفاصلة رد مثلها ان عرف وزنها فان لم يعرف فراس
المال فيها الثمن الذي بيعت والعدد الذي خرج في ضربها الا ان يكون قال
له بعها واستضربها فراس ماله ما باعها به او ما خرج في الضرب عرفا وزنها
او لم يعرفاها وان وزنها وشرط ضربها او صرفها ففعل فللعامل اجرته
في الصرف او الضرب ان كان لذلك مونة ثم هو فيما حصل على قراض مثله قال بعض
القرويين ما الفرق بين اشتراط دافعها ضربها او بيعها وبين عمله اذا لم يامره
الى ذلك الان يريد ان من شرط بيعها اراد ان القراض يكون بعد نضوض

المال ومن لم يشترط ذلك جعلها قراضا يوم دفعت ومثلها لا يتغير
ولا تختلف أسواقها وذكر ابن الجلاب عن مالك روايتين في القراض بالحلي
وقوله وفي الفلوس روايتان قولان ● القول بالمنع لابن القاسم في المدونة
والجواز لأشهب واختلف فيه قوله وقيل بالكراهة وأجازه بعض المتقدمين
من أهل المذهب إن كانت الفلوس قليلة لشبهها بالعين حينئذ ومنعها إن كثرت
لأنه كالعروض وبالمنع قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والليث وبالجواز قال
قال محمد بن الحسن بشرط أن تكون نافقة كالدنانير والدراهم وهو الأقرب
عندي وظاهر أن الفساد والكساد عليها نادر في بلد جرت المعاملة فيه بها
فإن وقع القراض بها فسئل عنه ابن القاسم في كتاب محمد فسكت وقال محمد
القراض بالنقار أخف والفلوس كالعروض قال الباجي وهذا يقتضي الفساد
ويكون له الأجرة في بيعها وفيما نض من ثمنها قراض المثل وقال أصبغ هي
كالنقار وقد تقدم كلامه فوق هذا في النقار وقال ابن حبيب نحوه ويرد
فلوسا مثلها إلا أن يكون شرط عليه أن يصرفها بدراهم ويعمل بالدراهم
فيأخذ أجرة صرفه ثم هو على قراض مثله في الدراهم فإن دفع إليه دنانير
ليبيعها بدراهم ثم يشتري بالدراهم ويكون رأس مال القراض الدنانير لأن
بيعها بالدراهم والشراء بها من حسن النظر جاز ذلك وإن كان على أن رأس المال
هو الدراهم فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب وتأوله اللخمي على أن أجرة البيع لها
الشيء اليسير قال فإن كان له قدر لم يجز إلا أن يكون المقارض لا يتولى بيعها
وإنما يجلس عند من يتولى بيعها فيجوز وقوله فلو عمل بالعروض فله أجر
مثله في بيعه وقراض مثله ● لما تكلم على الفروع التي تتعلق بالقيد
الأول وهو قوله نقدا عقبها بالكلام على عدم ذلك القيد وهو أن يكون
رأس المال عرضا وقد اتفق العلماء على المنع منه وحكي عن ابن أبي ليلى أنه
أجاز أن يدفع إليه ثوبا ليبيعه فما كان من ربح فبينهما نصفين وإنما منع

من ذلك

من ذلك الجمهور للجهالة في رأس المال ولأنه قد تختلف الأسواق في العروض إلى
الرخص فيغبن رب المال وإلى الغلاء فيغبن العامل فتحدث المؤلف هنا في حكم
هذا الفرع من القراض الفاسد وإن كان يأتي لحكم ذلك بعد هذا فقال له أجر
المثل في العرض وقراض المثل في ثمنه ومراد المؤلف هنا بالعرض ما عدا النقد
وما ذكره سواء كان مثليا أو مقوما والذي ذكره هو مذهب المدونة وقيل
له أجر مثله وقيل قراض مثله وقيل إن جعلا رأس المال المأخوذ ولا يرد
مثله أو قيمته كان أجيرا لأنه غرور وإن جعلا رأس المال الثمن الذي باع به
كان على قراض مثله واختار اللخمي أن يجعل مثله وقراض مثله وقيل المنع بأن
يكون لبيع العرض أجرة معتبرة بخلاف أجرة لا خطب لها على نحو ما تأول
مذهب أشهب في الصرف على ما قدمناه وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق بين
أن يدفع إليه العرض ليكون رأس المال وبين أن يكون ثمنه هو رأس المال
وذلك نص عليه ابن حبيب ومثله لمحمد قال ابن حبيب فإن باع المقارض
ذلك العرض بعرض ثم باع الثاني بعين ثم عمل فإن كان إنما قال له بعه واعمل من
به قراضا فرأس ماله الأكثر من قيمة العرض الأول وثمن الثاني وله أجرة
في بيعه الأول لا في الثاني قال أبو محمد وإنما له أجرة في الأول عندي إذا أجاز
بيعه إياه بالعرض ولعل ثمن الثاني أدهم أو فرض القيمة وأما إن اختار
قيمة الأول إذ هي أوفر فلا أجر له لأنه كمتعد قال ابن حبيب ولو كان قال له
خذه فقال بعضهم إنه مخالف لقول ابن القاسم وقال الباجي لعل الغاصب أحضر
المال متبرعا والغريم لم يحضره متبرعا والعمل به قراضا والمسألة بحالها
فرأس ماله قيمة العرض الأول يوم باعه بالعرض قال وله أجرة في بيعه
الأول ولا ينظر في الثاني إلى ثمن ولا قيمة لأنه من تجارتهما بعد قال أبو محمد
وهذا إذا باع الثاني بأكثر من قيمة الأول فأما لو باعه بمثل قيمة الأول
أو أقل لم يضمن شيئا وكان رأس المال ما باع به الثاني وقال غير واحد أن كون

فيمه العرض الاول راس مال القراض هنا ولان يكون له اجره في بيعه لانه متعد
في بيعه العوض الاول بعوض وقال بعض الشيوخ ان اصل ابن القاسم ان له
اجره في بيعه العرضين معا ثم يكون على قراض المثل من الوقت الذي صار عينا
وقوله وكذلك لو وكله على دين وقارضه به • يعني انه لا يجوز لرب المال
ان يقول للعامل اقتض ديني من فلان واعمل به قراضا لانه زياده ازدادها
رب المال على العامل قبل عمل القراض وهي التقاضي كبيع العرض في المسله
السابقه واجاز اللخمي ذلك اذا كان الدين على حاضر موسر غير ملد ولم يتولا
اجتماع العامل بمن عليه ذلك الدين قال ولا فرق اذا كان الغريم على هذه
الصوره بين ان يقتض المال من رب المال ولا من غريمه والذي قاله ظاهر
بنا على تاويله قول اشهب في الصرف وقد تقدم وقوله وكذلك لو وكله
على صرفه قد تقدم معنى هذه المسله وما فيها من الوفاق والخلاف وهذا
ذكر ما يتعلق بالقيد الاول وهو كون راس المال نقدا وقوله ولا يجوز
بدين ولو احضره ما لم يقبضه ويستمر دينا خلافا لاشهب • يعني انه لا
يجوز ان يكون راس مال القراض دينا لرب المال على العامل لما يودي اليه من
فسخ الدين في الدين لان العامل يرضي بالصبر عليه الى اجل ليزيد رب المال
في عدد ذلك الدين ويقول الزياده ربح فان وقع ذلك واحضر الدين قبل
التجر فيه واشهد على وزنه وزال عن ضمانه وقبض منه كان الربح بينهما
والخساره على رب المال في راس ماله وان احضره ولم يقبضه ربه فالجاري
على قول ابن القاسم انه مثل ما لم يحضره وهو مراد المولف بقوله ولو احضره
ما لم يقبضه فان وقع على الصوره التي لا ينبغي فقال ابن القاسم ليس لرب
المال الا راس ماله والربح والخساره للعامل وعليه وهو مذهب الشافعي
ونحوه لابي حنيفه وقال القاضي عبد الوهاب في الغاصب يرد المال فيقول
ربه لا اقبضه ولكن اعمل به قراضا انه جايز وقال بعضهم انه مخالف لقول

لو

ابن القاسم

ابن القاسم وقال الباجي لعل احضر المال متبرعا والعرهم لم يحضره متبرعا
ولو احضره لكان مثله واختلف النقل عن اشهب فحكى عنه اللخمي ان الربح بينهما
قال وعلى هذا تكون الخساره على رب المال وحكى عنه غيره مثل هذا ايضا
الا انه قال هو مكروه فان نزل مضي وحكى عنه ابو عمر ابن عبد البر وعن
ابي يوسف ومحمد بن الحسن ما اشترى وباع فلرب المال وعليه وللعامل
اجر مثله وتاول عليه الشيخ ابو الحسن التونسي خلاف ما نقله اللخمي ان
الخساره تكون على العامل ولا يصدق لانه متهم لا تبرا من الدين الا ببينه
وهذا الفرع مبني على الاخراج من الذمه الى الامانه وهو مع الفرع بين
الدين بعده مما يتعلق بالقيد الثاني من القيود المذكوره وقوله ولا
بالرهن بيده او بيد امين • يعني ان العين اذا كان رهنا فلا يجوز ان يدفع
راس مال القراض المرتهن سوا كان تحت يده او تحت يد امين لانه اذا كان
تحت يد المرتهن فالامر فيه دايو بين مسله الدين يكون له عليه فيقول
له اعمل به قراضا ومسله الوديعه وسياتي الكلام عليها واما اذا كان بيد
فيشبه ما اذا قال للعامل اقتض الدين الذي لي على فلان واعمل به قراضا
وقد تقدم الكلام عليه على ان قبض الوديعه ايسر من تقاضي الديون
واما ان قال لمن تحت يده الرهن اعني الامين اعمل به قراضا فلا شك
انه راجع الى القراض بالوديعه وفي معنى القراض بالرهن القراض بالوديعه
بالعاريه قال ابن المواز ومن اعرته دنانير فلا تدفعها اليه قراضا
حتى تقبضها وقوله ولا بالوديعه وقيل مضي بالوديعه • يعني انه لا
يجوز ان يقول رب الوديعه للمودع اعمل بالوديعه قراضا وهذا القول
موول على المدونه وقال بعضهم والقول الثاني الذي ذكره هو لاشهب وظاهر
ما في العتبيه عن مالك الكراهه ابتدا فان نزل مضي وفرق ابن حبيب بين ان
يكون المودع ثقه فيجوز وبين ان لا يكون ثقه فيكره وقال ابن المواز

بحاقه

لا باس به ولو بعد فصل والاظهر ما قاله ابن حبيب والله اعلم ووجهه ظاهر فان
قلت لاي شيء كرر المؤلف المجرور وهو قوله بالوديعة وهلا اكتفى بقوله
وقيل بمضي قلت لو لم يكرره لاحتمل عود هذا الى جميع ما تقدم من وديعة
ورهن ودين قال بعض الشيوخ اذا عمل العامل في الوديعة يعني على القول
بانه يمضي فادعى خسارة او ضياعا فانه يصدق وان ربح كان الربح بينهما بخلاف
الدين الا ان يكون هناك دليل تهمة او يكون رب المال علم انه تسلفها
وهو ممن يتهم ان يعامله على مثل ذلك ولا يبالي من الربح ويتصدق به
وقوله ولا يجوز بمجهول الوزن هذا الكلام راجع الى القيد الثالث
وهو قوله معلوم وهذا القيد متفق على اعتباره لان الجهل براس المال
مستلزم للجهل بمقدار الربح وهو موجب للنزاع وذلك كما لو دفع اليه صرة
فيها دنانير او دراهم لا يعرفان قدرها وقال له اعمل بها قراضا وقوله
ولا يجوز ان يشترط يده او مراجعته او امينا عليه هذا الكلام
يتعلق بالقيد الرابع وهو قوله مسلم وكان المؤلف راى ان المانع مما ذكره
هو خروج القراض عن سنته لان من سنته ان يكون في امانة العامل وهو
ظاهر في قوله او امينا عليه واما مراجعته ففيها هذا المعنى مع التحجير
لان مراجعته ومشاورته تنافي استبداد العامل بالنظر وهو ايضا
خروج عن سنة القراض واما اشتراط يد العامل فلا شك انها زيادة ازدادها
رب المال على العامل وكذلك في العكس اذا اشترط العامل يد رب المال فهي
زيادة ازدادها العامل على رب المال وان كان شرط ذلك رب المال على
العامل فهو تحجير قال مالك في المدونة ومن اخذ قراضا على ان يعمل معه
رب المال في المال لم يجز فان نزل كان العامل اجيرا قال وان عمل رب المال بغير
شرط كرهته الا العمل اليسير وقال في الموطا لا باس ان يعين المتقارضان
كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك بينهما وقوله وفي

اشترط

اشتراط غلامه معه بنصيب قولان يعني ان المذهب اختلف على قولين
هل يجوز ان يشترط عمل غلام رب المال مع العامل في المال على ان يكون
للغلام نصيب من الربح والقول بالجواز هو مذهب مالك وابن وهب والليث
ويكون النصيب المشترط للعبد واجازه الشافعي وابو حنيفة وقالا
يكون النصيب لرب المال وهذا على الخلاف هل يملك العبد واما القول
بالمنع فبعيد نعم اختلف قول مالك فاجازه ابن المواز في اشتراط العامل
عون غلام رب المال واختار ابن المواز الجواز وعن الليث المنع وذكر بعض
الشيوخ انه يجوز بشرط ان يكون المال كثيرا يعني كما في المساقاة يجوز اشتراط
عون الغلام في الحائط الكبير دون الصغير واما ان يشترط رب المال
على العامل كون غلام رب المال معه ليكون عينا عليه او ليعلمه فقال
ابن القاسم لا خير فيه وهو من معنى ما مر فوق هذا وقوله العمل
هذا هو الركن الثاني من اركان القراض وكان المؤلف رحمه الله قصد الى
ترتيب الكلام في الاركان على ما هي واقعة عليه في الوجود لا على ما هي
واقعة في الرسم فلذلك قدم الكلام على المال لانه المدفوع اولا ثم التجر
به ثانيا ثم الربح ثالثا ولكنه تكلم على العاقدين بعد ذلك ولو راعى
هذا الذي قلنا لقدم الكلام على العاقدين وقوله تجارة غير مضيقة
بالتعيين او التاقيت فسر به ذلك الركن وهو ان يكون ذلك التجر تجرا وهو
طلب الارباح بالبيع والابتياع وان يكون ذلك التجر غير مضيق على العامل
باحد معنيين اما في جنس السلع كالتجر في البز الذي يقل ذلك فيه واما
في الزمان كالاجل فيه واذا كان احدهما دون المعنيين مانعا من صحة
القراض فاحرى مجموعهما ووافق الشافعي على ان التحجير في القراض بسلعة
قليلة الوجود لا يجوز وانه يفسخ اذا وقع وخالف ابو حنيفة فقال
انه جائز قال وان تعداها ضمن وكذلك خالف ابو حنيفة في الاجل فاجاز

القراض الى اجل وضرب الاجل فيه مناقض لعدم لزومه فقد كان بعضهم انهم
اجمعوا على ان لكل واحد من رب المال والعامل ان يحله ما لم يعمل العامل فان
وقع القراض الى اجل فقال ابن نافع يسقط الشرط ويثبتان على قراضهما وقال
ابن رشد احسن قبل العمل واما بعد العمل فهو اجير واما اذا وقع التحجير
على ان لا يشتري الا سلعة بعينها فهو نص في المدونة على انه فاسد ويكون فيه
ان عمل اجر المثل وقوله ـــــ ولا يجوز على ان يخيط او يخرز او يشارك
او يخلط او يبضع او يزرع او لا يشتري حتى يبلغ بلد كذا او ان يقوده جانقاد
البعير ● هذه الوجوه السبعة التي ذكرها تمنع انما سبب امتناعها التضييق
والستة الاول مثال التضييق بالتعيين والسابع مثال التضييق بالتاقيت
وكلها من ثمرات منع التضييق ويمكن ان يجعل الخمسة الاولى من ثمرات اشتراط
التجارة والسادس من ثمرات التضييق بالتعيين والسابع من ثمرات التضييق
بالتاقيت وهذا اقرب وفاعل قال من قوله وقال بقوده ضمير يعود على مالك
وهو عله لمنعه المثال السابع وحده لا الى شي مما تقدم هكذا هو في المدونة
واما ان شرط رب المال على العامل ان يعمل بيده صناعة في القراض فقال
ابن القاسم في المدونة لا يجوز وهو ظاهر لانه زيادة ازدادها عليه قال فان
نزل كان اجيرا والربح والوضيعة لرب المال وعليه وقال اشهب له اجر
مثله فيما عمل بيده وهو مساو له في قراض مثله وقال مالك وابن نافع في مثل هذا له
فيما ساوا ما عمل الاقل من المسمى او قراض المثل وقال ابن وهب هما على قراضهما
ولا يرد فيه الى اجر مثله ومثله لمحمد في مختصر الوقار ويكون اجيرا على من العمل
حتى ياخذ اجارته بريد اجارته فيما عمل لا في القراض قاله الشيخ ابو محمد واما شرط
مشاركته لغيره او على ان يخلطه بمال من عنده فهو يتضمن مع ما تقدم
اشتراط الزيادة على العامل لان نما المال القليل اقل من نما الكثير الا انه
لا يختص احدهما بذلك النماء عن صاحبه والمشهور ما قاله المؤلف من منع شرط

خلط

الخلط وقال في كتاب محمد لا باس به ومثله عن اشهب ان اشترط على المقارض
ان يضم ماله الى مال القراض ويعمل على ان له نصف ربحها والنصف لرب
المال وقال اصبغ لا يعجبنا هذا الا ان يقل مال العامل مثل الخمسة
دنانير والعشرة مما لا يعتزي به كثرة البيع والشرا فان نزل امضيته
على قراضهما وقال ابن حبيب مما يمتنع من ذلك عنده وهو الاسد دون القليل
انه يكون فيه قراض مثله على غير شرط بعد ان يقسم الربح على
المالين وقال غيره يكون فيه اجرة المثل واستشكل بعض الشيوخ كلام
اشهب فقال كيف يصح هذا اذا خلط العامل ماله معه فقد عمل
لرب المال باطلا لما اخذ رب المال نصف الربح بنصف راس المال قال وهو
لا يجيز ان يخرج احدهما مائة والاخر مائة على ان يعمل احدهما ويكون
عنده للعامل اجرة مثله في ايد صاحبه في المعروف من قوله قلت
لعل اشهب انما يريد بقوله والنصف لرب المال على شرط القراض لا على
ان لا يختص به ويكون له زائد الثلاثة ارباع الربح للعامل واما خلطه
مال القراض بماله بنفسه من غير شرط فقال مالك في المدونة اذا خاف
العامل ان تقدم ماله على مال القراض او اخره وقع الرخص في ماله
فالصواب ان يخلطهما ويكون ما اشتراه بهما من السلع على القراض وعلى
ما نقد فحصه القراض راس مال القراض وحصه العامل على ما نقد فيها
ولا يضمن العامل ان خلطهما بغير شرط واجازوا مشاركة العامل
لغيره متغيرا اذن رب المال في الشي المعين واما غير المعين فاجازه بعضهم
اذا كان العامل يتولى الشرا ويكون المال كله تحت يده او كان يتولى الشرا
مع شريكه كذلك وخفف مالك وابن القاسم عند تجهيز العامل
للسفر ان يقول له رب المال اخرج مالا مثل الاول نشتري معك به ومنعه
اصبغ وسحنون قال في المدونة ولا يبضع العامل بضاعة من المال فان

فعلى عمن ولو اذن له رب المال بعد ذلك جاز ما لم ياخذه على ذلك ولو دفع في
البضاعه وكانت باجره بغير اذن رب المال فقال اللخمي يكون للمبضع
معه اجرته في ذمه العامل ثم ينظر فان كانت الاجره اكثر من الجزء
كان خساره ما يزيد ذلك على العامل وان كانت اقل من الجزء كان الفضل
لرب المال ولا شي للعامل فيه وان كانت على وجه المعونه للعامل بغير
عوض كان للعامل الاقل من جزئه من الربح او اجاره مثل العامل فيها
واما شرط الزراعه بمال القراض فمنعه في المدونه وهو نحو ما ذكره
المولف وينبغي ان يقيد ذلك بما اذا كان الزرع يعسر محاولته في تلك
الجهه بخلاف اذا كان محاولته سهله كما اذا شرط عليه التجر في
نوع من السلع فان وقع ذلك على الوجه الذي لا ينبغي كان العامل اجيرا
وما كان من زرع او فضل او خسران لرب المال او عليه قاله في
المدونه قال ولو زرع العامل من غير شرط في ارض اشتراها من مال
القراض او اكتراها جاز ذلك ان كان في موضع امن وعدل ولا يضمن
واما ان خاطر به في موضع ظلم وغرر يرى انه خطر فانه ضامن
ومثله قال في اخذ العامل مساقاه من مال القراض واما منعه ان ياخذ
المال على شرط ان لا يشتري حتى يبلغ بلد كذا فيشتري منه فمنعه في
المدونه كما ذكره المولف وحققه في العتبيه وقال ابن حبيب يجوز ان
يشترط عليه ان يخرج بالمال ولا يسمي بلدا بعينه اذا كان واسع المتجر
ما لم يشترط عليه جلب ما اشترى هناك او يسمي سلعا يشتريها او ياتي
بها او يحملها من هنا الى هناك سلعا يبيعها فذلك مكروه وهو فيه اجير
وحيث اجزنا فقال بعض الشيوخ فمن عادته السفر والتجر بالمال في بلده
قبل السفر كان متعديا وقوله ولا بعد الشرا لانه كقرض جر
الربح وله ربحه وعليه غرمه ● هذه مسله المدونه قال مالك فيمن

ولو ابتاع سلعه ثم سال رجلا ان يدفع اليه مالا ينقده فيها ويكون قراضا
بينهما فلا خير فيه فان نزل لزمه رد المال الى ربه وما كان فيها من ربح او وضيعه
فله وعليه وهو كمن اسلفه رجل ثمن سلعه على ان له نصف ربحها وقال
مالك في المدونه قبل هذه المساله من ابتاع سلعه فعجز عن بعض ثمنها فاتى
الى رجل فاخذ منه قراضا وهو يريد ان يدفعه في بقيه ثمنها ويكون
قراضا لم احب ذلك واخاف ان يكون قد استغلاها وقال في كتاب محمد ان
لم يكن لغلا اجزته واكره العمل به ابدا ومثله قال محمد واصبغ اذا
كان لم يخبر رب المال بما اشترى وقال ابن القاسم لا يعجبني وان صح فقاله سحنون
على انه عارض احدى المسالتين بالاخرى وقال في مساله المولف هي خير من التي
فوقها يريد خير من المساله التي ذكرناها ولا تكون عنده خيرا منها الا اذا
اختار او رجح الذي هو خير منه فعلى هذا يكون اختلف ايضا قول سحنون
في اختياره احدى المسالتين على الاخرى واجاب الشيخ ابو محمد عن سوال سحنون
الذي اشار اليه بقوله هذه خير من التي فوقها بان المساله الثانيه وهي التي
ذكرها المولف قد سمى له انه ابتاع سلعه فكانه دخل على السلف والمساله الاخرى
التي عجز عن بعض ثمنها لم يذكر له ذلك واخذ منه المال قراضا فنقده فيها
فلم يدخل على السلف قال ابن المواز في مساله المولف ولو كان ذلك قبل ان يستوجبها
وقبل ان يجب عليه ثمنها لجاز ذلك اذا لم يسم له السلعه ولا بايعها وروي
عن عثمان ان رجلا قال له وجدت سلعه مرجوه فاعطني قراضا ابتاعها
ففعل قال ابن المواز وذلك اذا لم يسم له السلعه ولا بايعها قال ابن حبيب ويكره
ان ياخذ المال قراضا على ان يشتري من رفقه نزلت معهم ومعها تجاره فاذا
وقع مضى على شرط الربح قال ابو حنيفه ابن حبيب في مساله المدونه التي
ذكرناها انا انما كره لانه استغلاها ولم تكن تساوي في ذلك اليوم فلينظر قيمتها
يومئذ فيرجع عليه بالزياده ولا ينظر الى ما بعث به من ربح وهذا الذي

ذكره المولف هنا معطوف على المجرور في الجمله السابقه اي ولا يجوز القراض
بعد الشرا على الصفه التي ذكرها وقوله ولا بتعيين صنف يقل وجوده
او يختص المعامله او مكانا او زمانا • يعني ان التضييق مناف للقراض سوا
كان في السلع او في المعامل مع العامل من بايع او مبتاع او في مكان البيع او زمانه
وان وقع ذلك فله اجر مثله وقوله وعليه ما جرت العاده به من نشر
وطي ونقل خفيف ولو استاجر عليه فعليه • تقدم انه لا يجوز اشتراط
رب المال على العامل زياده على التجاره كالخياطه وعمل الخفاف وشبههما ولكن
على العامل ما [illegible] وجرت العاده بان التاجر يتولاه بيده ولا يستاجر
عليه فان استاجر من مال القراض على هذا النوع من الاعمال كانت الاجاره في
ذمه العامل لا في نصيب العامل من الربح وهو مراد المولف بقوله ولو استاجر
عليه فعليه فالضمير المجرور بعلى الاول راجع الى ما جرت العاده به من
نشر وما عطف عليه والضمير الثاني المجرور بعلى ايضا راجع الى العامل وهو
ظاهر المعنى وقوله الربح شرطه علم الجزيه • يعني ان شرط ما يكون
للعامل من الربح وهو ان يعلم نسبته من الربح كالثلث او الربع وكذلك
ما يكون لرب المال من الربح وهذا متفق عليه ما لم ترق الاجزا بحيث لا
يعلم نسبتها الا بعد تامل فظاهر المذهب جوازه كما لو قال على ان لك
من الربح سدس سبع ثمنه وفي مذهب الشافعي وجه بالمنع وقوله
كلا يصح ولك درهم • يعني ولو قال رب المال اعمل على ان لك درهما من الربح
ولي ما بقي او ما بقي فبيننا لم يجز لاحتمال ان يكون ذلك الدرهم هو جميع
الربح فيختلف الجزيه وبتقدير ان يكون الربح اكثر فعلم الجزيه التي
هو شرط غير حاصل فان نزل ذلك ففي الموازيه عن مالك واصحابه ان ترك
ذلك المشترطه قبل العمل جاز وذلك في يحيى عن ابن القاسم ان من اسقط
ذلك المشترطه بعد العمل مع وتمادى ما عليه وانكره يحيى واذا وقع على

الصوره

الصوره الفاسده فقيل يكون للعامل اجر مثله وقيل قراض مثله والشرط
في البدن به باطل وقيل ان كان الذي بيد لرب المال كان للعامل الاقل من المسمى
او قراض المثل وان كان للعامل كان له الاكثر وليس من هذا المعنى ان
يقول له اعمل ولك في كل دينار درهم فان تلك اجاره يحتاج فيها الى تعيين التجاره
وضرب الاجل على ما ذكره في كتاب الجعل من المدونه ولما كان العلم بالجزء
هو الشرط وحده في هذا الفصل كان ما يستلزمه قايما مقامه كما لو دفع اليه
مالين وقال له اخلطهما واعمل بهما قراضا على ان الربح [illegible] وفي [illegible]
جاز ذلك لان معناه على ان لك نصف الربح على ان بعض الشافعيه خالف
فيه ولا وجه لمنعه والله اعلم بخلاف ما لو كان على عدم الخلط وكان
لاحدهما ربح مال بعينها وللاخر كذلك وقوله ولو شرط الربح كله
لاحدهما او لغيرهما جاز • اما اشتراط الربح لاحدهما فلا اعلم خلافا
في المذهب انه جايز [illegible] ان الباجي قال هو مشهور مذهب مالك ومنع من ذلك
الشافعي وابو حنيفه الا ان ابا حنيفه يقول ان اشترط الربح للعامل
صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعه وحيث شرط الربح للعامل
على المذهب فان لم يسمياه قراضا وانما قال اعمل فيه ولك ربحه كان ضمانه
العامل لانه كالسلف وان قال اعمل فيه قراضا فهل يكون ضمانه من رب
المال او من العامل في ذلك قولان وان شرطا الربح لغيرهما فلا ضمان على
العامل وهل يلزمهما الوفا بذلك اما ان كان المشترط له ذلك معينا
فحاصل المذهب انه يلزم الوفا به ويقضى به على الملتزم ان امتنع وان كان
غير معين كالمساكين فالمشهور انه لا يقضى به عليه ان امتنع وعلى ما في كتاب
محمد ينبغي ان يقضى عليه وقوله ولو تراضيا بعد العمل على اقل او اكثر
جاز • يعني ان رب المال والعامل اذا اتفقا اولا على جزء ثم تراضيا بعد العمل
على ان يكون لرب المال اكثر من الجزء الذي اتفقا عليه اولا او اقل من ذلك

جاز لهما لانهما هبة من احدهما لصاحبه ولا مانع وظاهر كلامه وهو
مذهب المدونة انه لا فرق في ذلك بين ان يكون في المال ربح او خسارة او لا
يكون فيه شي من ذلك واذا جازت الزيادة من احدهما لصاحبه بعد العمل
فهي قبل العمل اجوز ولا خلاف فيها قبل العمل ولا بعده اذا بقي المال على
حاله من غير زيادة ولا نقصان وقال ابن حبيب لا يجوز اذا كان في المال زيادة
او نقصان واتهمهما على ان من زاد لصاحبه منهما انما هو ليبقي عقد القراض
بيده اذا لم يعمل على الجواز وهو الاظهر لضعف التهمة فان كانت الزيادة من
رب المال للعامل كان العامل احق بها في الموت والفلس لقبضه اياها وان
كانت من العامل لرب المال فقيل يبطل لعدم الحوز وخرج اللخمي فيها قولا بالصحة
وقال بعض من مال الى مذهب ابن حبيب ان هدية رب المال الى العامل او
العامل له لا يجوز وقد اجاز محمد ترك العامل النفقة بعد شغل المال
ولم يجز ذلك قبل شغله لانه يصير حينئذ كانه قارضه على شرط اسقاط
النفقة من اجل ان عقد القراض منحل قبل شغل المال ه قوله ولو شرط العامل
عمل غلام رب المال او دابته في المال خاصة جاز ه تقدم ما نقله المولف من
القولين في جواز اشتراط غلام رب المال مع العامل بنصيب وذكرنا هنالك
ما حكاه محمد ان قول مالك اختلف في هذا الفرع الذي حكاه المولف هنا واذا جاز
اشتراط عمل الغلام ففي الدابة اجوز لان الغلام يخشى ان يكون عينا لرب
المال على العامل وذلك مما يفسد القراض ولا يخشى مثل هذا في الدابة قوله وفي
والربح مشترك ولا عادة فقال ابن القاسم قراض المثل وقيل النصف ه
هذا الخلاف بين ابن القاسم وغيره لكن اذا قال للعامل اعمل على ان لك
في المال شركا لا فيما اذا قال والربح مشترك كما ذكره المولف واللفظتان وان
كانتا مترادفتين لغة فهما متباينتان عرفا لان المتبادر من مسئلة المولف
الى ذهن اهل العرف المساواة بخلاف لفظة شرك عندهم فانها تستعمل في

القليل

القليل دون الكثير مع الجهل بقدر ذلك القليل ولذلك كان الاظهر قول ابن
القاسم والله اعلم واما لو سكتا عن ذكر الجزء وانما دفع اليه المال على انه
قراض فذلك فاسد وان عمل ففيه قراض المثل قاله ابن القاسم في المدونة
قوله ولو دفع مالين معا او متعاقبين قبل شغل الاول بجزءين متفقين
او مختلفين فان شرط الخلط جاز والا فلا مطلقا وقيل الا فلا في
المختلفين ه معنى هذا الكلام ان رب المال اذا دفع للعامل مالين اما
معا واما احدهما بعد الاخر لكن قبل شغل الاول او بعضه على
ان للعامل في كل واحد من المالين جزءا مساويا للاخر او مخالفا له فان
شرط الخلط في المالين جاز وان لم يشترطه لم يجز سواء كان ذلك
قبل شغل الاول او بعده اتفق الجزءان او اختلفا وهذه المساواة بين
القبلية والبعدية واتفاق الجزءين واختلافهما هي التي اشار اليها المولف
بالاطلاق في قوله والا فلا مطلقا وهي زيادة للبيان ولو استغني عن ذكرها
لما اختل الكلام وقيل لا يمنع من شي مما ذكره المولف الا ان يكون الجزءان مختلفين
ولا يكفي عند هذا القائل شرط الخلط فيجوز عنده ان يدفع اليه مالين
على ان لا يخلطهما اذا كان الجزء متفقا وهو قول محمد وهو ظاهر المدونة
لانه لا يتهم ان يعمل في احدهما دون الاخر لاستواء نصيبه فيهما ونص ابن
حبيب على ان حكم هذا الوجه ان نزل ان يكون اجيرا وقال بعضهم القياس على
اصل ابن حبيب انه على قراض مثله لانه ليس في منع الخلط زيادة انفرد
بها احدهما واما مع شرط الخلط فلا اشكال في الجواز ولو اختلف الجزء
ويكون له ان اعطاه احدهما وهو مائة على النصف والاخر وهو
مائة على الثلث ربع ربح المالين وسدسهما وقد ان مقام السدس والربع
من اثني عشر وان ربعها ثلاثة وسدسها اثنان ومجموع ذلك خمسة
من اثني عشر تكون للعامل ويبقى سبعة لرب المال هذا هو الصحيح في العمل

لاما قاله بعضهم وقوله ولو شغل الاول فان شرط الخلط امتنع والاجاز
وروي لا يعجبني في المختلفين • يعني ولو دفع اليه قراضا فشغله في سلع
او شغل بعضه ولم ينض ما شغله جاز ان يدفع اليه قراضا ثانيا
ولا يمنع منه الا صوره واحده وهي شرط الخلط واما شرط عدم
الخلط او السكوت عن الخلط وعدمه فجايز وهو ظاهر في المنع والجواز
لانه اذا شرط الخلط فقد يكون في الاول ربح او خساره وذلك يستلزم
زياده للعامل او عليه واما روايه اشهب في كتاب محمد وهي التي اشار
اليها المولف بقوله وروي الي اخره فمعناها اذا كان المال الثاني على جز
مخالف للجز الاول لان ذلك يوجب تهمه ايضا في الزياده على احدهما بخلاف
ما اذا استوي الجزان والله اعلم وقوله ولو نض الاول بربح او خساره
لا مساويا لم يجز اخذ قراض اخر مطلقا عند ابن القاسم وقيل يجوز مع
الربح بموافقه الجز وعدم الخلط • تقدم حكم ما اذا اخذ القراض الثاني
قبل نضوض الاول وهذا حكم ما اذا اخذه بعد نضوض الاول فان نض
على ما كان عليه او لا فحكمه سياتي حيث يتكلم عليه المولف بعد هذا
وان نض على خلاف ما كان عليه بربح او خساره فمنع ابن القاسم في المدونه
من اخذ القراض الثاني مطلقا سوا كان على الخلط او على عدمه بجز موافق
او مخالف وهذا هو مراد المولف بقوله مطلقا لانه ان كان نض بربح فالعامل
قد ملك الرد وقبض حظه من الربح فيريد رب المال بقاه على التجر بان
رغبه في ذلك لاجل زيادته المال الثاني وذلك الزياده انتفع بها رب
المال واحري اذا نض بنقص لان رب المال يرجو جبر ذلك النقص
ولم يعتبر ابن القاسم ليسير منفعه لرب المال في ذلك لان تلك المنفعه
لا تطلب مثل طلب جبر الخساره فلا يتهم عليها ولا سيما وهو يشترط
موافقه الجز وعدم الخلط لان عدم الخلط لا يمنع العامل من رد المال

الي ربه

الي ربه واخذ جزيه من الربح وهذا القول اختاره بعضهم وزاد فقال
وينبغي اذا علم ان العامل على رغبته في التمادي فالاولي ان يجوز ولو
كان على جز مخالف للاول وهذه الزياده قد تظهر اذا كان الجز الذي ياخذه
العامل من المال الثاني اكثر او مساويا واما ان كان اقل فبعيد لانه رب
المال ملك عليه المفاصله في المال فتحمل العامل له هذه المنفعه لاجل ابقايه
المال تحت يده والله اعلم قال اللخمي ان عملا على الوجه الفاسد بشرط
الخلط فض الربح على قدر المالين يوم الخلط فما ناب الاول جبر به
الخساره وما ناب الثاني كان فيه على قراض المثل ما لم يجاوز المسمي ولا يزاد
لانه رضي بترك المسمي على ان يجبر خساره الاول من جميع الربح فاذا
اسقط ذلك عنه لم يزد على المسمي والي هذا نحا ابن حبيب غير انه جعل
في المال الثاني قراض المثل وراي سحنون انه يكون في الثاني اجيرا واتفق هولا
على ان المال الاول باق على ما كان عليه ولا يوجب ضم الثاني اليه فيه
فسادا وراي بعضهم انه يوجب فساده وان القياس ان يكون شريكا في
المالين وفيه بعد لان عقد الاول وقع صحيحا ولا يزال حكمه باقيا حتى
يقع فيه المفاصله ولم تقع بعد وقوله ولو شرط زكاه الربح على
احدهما جاز لانه يرجع الى جز معلوم • يعني انه لو شرط رب المال
زكاه الربح كله على العامل او على رب المال اشترط ذلك عليه فانه جايز
لان ذلك يودي الى جز معلوم في الربح الا تري ان قدر الزكاه انما هو
ربع العشر والجز في القراض معلوم نصف او ثلث او غير ذلك فاذا
اضيف ذلك الجز المعلوم الى الزكاه التي هي جز معلوم كان الجميع معلوما
هذا قوله في المدونه ومثله في الاسديه ولا يجوز اشتراط الزكاه على
واحد منهما لما يذكره المولف الان قاله مالك ايضا والقول الثالث
يجوز اشتراطها على العامل ولا يجوز ان تشترط على رب المال قاله مالك

في المساقاة وخرجه بعض الشيوخ هنا والباب واحد والرابع عكسه
وهو تخريج ايضا لا نصا تجوز ان يشترط على رب المال ولا تجوز ان
تشترط على العامل ولم نشتغل بمواضع التخريج لما في الكلام على ذلك من
الطول وقوله وقد تعقب اطلاقه وقيد بان يكون المراد نسبته
وان لم تحسب • يريد ان اطلاقه في المدونة الجواز مع ان الزكاة قد
لا تجب في المال اما لقصوره عن النصاب واما لان الحول قد لا يحول عليه
ليس بصحيح واجيب بان المراد معرفة نسبتها لكل واحد منهما من الربح
وكانهم راوا ان القراض اذا كان على النصف وشرط رب المال الزكاة على
العامل فكان الواجب للعامل من الربح نصفه الا ربع العشر والواجب
لرب المال النصف وربع العشر وهذا مراد المؤلف بقوله وان لم تحسب
اي وان لم تحسب جزء الزكاة مع جزء القراض المشترط للعامل او بدونه
ومنهم من اجاب بان الامر محمول على الغالب من ان المفاصلة لا تقع الا
بعد مرور الحول وان المال وان قصر عن النصاب فهما يرجوان بلوغه
الى النصاب وهذا الجواب وان كان ضعيفا فهو خير من الذي قبله لما يؤدي
اليه الذي قبله من النزاع حين المفاصلة من قسمة الربح اذا سقطت
الزكاة عن الربح بوجه من الوجوه التي تسقط بها الزكاة وقد ذكر بعضهم
ان الخلاف الذي في المساقاة يجري حينئذ هل يكون ربع العشر لرب
المال وحده او له وللعامل سوا بينهما او يتحاصان فيه بحسب ما لهما من
الربح فيقسم الربح كله على تسعة وثلاثين لرب المال عشرون وللعامل
تسعة عشر هذا كله كما قال المؤلف في اشتراط زكاة الربح على احدهما
واما اشتراط زكاة المال على العامل فلا خلاف في المذهب في منعه
ووجهه ظاهر لانها زيادة ازدادها رب المال على العامل وقوله
وتجوز المساوي لجزء الاول • حق هذا الفرع ان يكون عقيب ما قبله

وهو

200

وهو قوله ولو نض الاول بربح وتوسيطه زكاة القراض بينهما خروج
عن الترتيب والله اعلم ومعنى هذا ان المال الاول اذا نض مثل راس
المال من غير زيادة ولا نقص جاز ان يدفع اليه مالا اخر قال في
المدونة بشرط ان يكون المال الثاني على مثل جزء الاول قال بعض
الشيوخ يريد اذا كان على الا يخلطهما واما ان كان على ان يخلطهما فيجوز
على كل حال وهذا الذي قاله ظاهر لان ذلك مع الاختلاف يرجع الى جزء
متفق ويتخرج من هذا الموضع ما كان قدمنا عن المدونة انه يجوز ان يدفع
مالين على شرط عدم الخلط اذا اتفق جزءاهما وهو مذهب ابن المواز خلافا
لابن حبيب قال في كتاب محمد اذا باع سلع الاول براس المال سوا جاز اخذه
الثاني على قراض مختلف او متفق ان كان على الخلط والا لم يجز قال ذلك
الشيخ هذا الفرع على ان شرط الخلط فيه راجع الى اختلاف الجزء لا
الى اتفاقهما وهذا التاويل لا بد منه ليتفق ما قدمناه الان عن كتاب
محمد وظاهر المدونة مع هذا الفرع فتامله وقوله وتجبر الخسران
• هذا مما لا اعلم فيه خلافا ان العامل اذا تجر في المال فخسر فيه ثم
ربح فيه قبل ان يرده الى ربه انه تجبر الخسارة بما ربح فان زاد الربح على
الخسارة فحينئذ يكون له جزؤه في تلك الزيادة وقوله ولو تلف بعضه
قبل العمل جبر بالربح ما لم يتفاصلا وقال ابن القاسم ويتقبض وقال غيره
لو اعلمه بنقص المال او اقتسما الربح وقال اعمل بما بقي كان موتنفا • يعني
ان خسارة المال كما تجبر بالربح فكذلك تجبر بالربح ما ضاع منه بيد العامل سوا
كان تلف ذلك على يد سارق او غاصب او لصوص علم اخذه او جهل وهذا
ايضا لا اعلم فيه خلافا فان قلت هل لقول المؤلف قبل العمل مفهوم قلت
نعم ولكن مفهوم الموافقة وذلك انه اذا تجبر الضائع منه قبل العمل
بالربح الحاصل فهذه بعيدة فلان تجبر ما ضاع منه بعد العمل احرى لان

المال قبل العمل كو دبعد تبين العامل لا انحلال عقد القراض بخلاف ما بعد
العمل فان القراض حينيذ لازم فاذا جبر النقص قبل اللزوم فاولى ان يجبر
بعده والله اعلم ثم جعل المولف غايه هذا الحكم من التفاصل فقال ما لم
يتفاصلا وهو صحيح لان الحكم الثابت للقراض بسبب كونه قراضا دايم
بدوام ذلك المعنى الذي لاجله ثبت الحكم وهو في المعنى كالمتفق
عليه الا انه اختلف بماذا تكون المفاصله فراي ابن القاسم في المدونه
انها لا يكفي فيها في هذا الموضع اللفظ بل لا بد مع ذلك من القبض الحسي
ولذلك عطف المولف بالواو فقال ما لم يتفاصلا وقال ابن القاسم ويقبض
وزاد اصبغ على باب الصحه والبراه وحكى ابن حبيب عن مالك وربيعه
والليث ومطرف وابن الماجشون ومن لقيه من اصحاب مالك وهذا هو
مراد المولف بغير ابن القاسم انه اذا اخبره بما نقص من راس المال وقال
له اعمل بما بقي فقد اسقطت عنك ما ذهب فهو قراض موتنف اذا بينه
هكذا فانظر قول ابن حبيب كيف قال مثل ما حكاه المولف وزاد فقد اسقطت
عنك ما ذهب واكده بقوله اذا بينه هكذا فهل يوفي بهذه الزياده
والتاكيد كلام المولف او لا يوفي بهما والاقرب انه لا يوفي به وذلك الحكم
عنده لو زالتا وحكى الشيخ ابو محمد الذي ذكره ابن حبيب عن ابن القاسم هو
قول ربيعه ومالك والليث قال وذكره ابن المواز قال ابن المواز واخبرني
اصحاب مالك عنه انه قال لا يجوز ان يتفاصلا حتى يحضرا جميع المال ثم يقبض
راس ماله ثم يقتسما الربح قال ابن حبيب واما ان كان العامل ذكر لرب
المال على وجه الاخبار لا على وجه المفاصله انه خسر في المال فحكم
القراض الاول باق واختار غير واحد من المتقدمين والمتاخرين ما ذكره
ابن حبيب هنا وهو الاظهر والله اعلم وهو ظاهر الموطا فان قلت
هل ما عطفه المولف من قول ابن القاسم على ما قدمه دلاله على ان ابن

القاسم مخالف لقول مالك لان الكلام الاول لمالك قلت لا دلاله فيه على ذلك
الا ان يملك شرط المفاصله واختلف ابن القاسم وغيره في تفسير تلك
المفاصله وقوله اما لو اشترى بجميعه فتلف واخلفه لم يجبر التالف ●
يعني ان كل ما قدمه من هذا انما هو في خساره بعض المال او تلف بعضه واما
لو ذهب المال كله بعد ان اشترى به سلعه وقبل ان يدفعه فيها فان رب
المال لا يلزمه جبر ما تلف لتعيينه عند ابن القاسم في هذا الموضع لانه اذا
دفع مالا للعامل ليعمل به قراضا فكانه عينه له انه لا يقارضه الا بذلك وله
في هذا التعيين منفعه وغرض ولا ضرر على العامل في ذلك او لا كبير ضرر
عليه ولو اخلفه لكان راس المال ما دفعه ثانيا وحده بخلاف ذهاب البعض
لان هناك ما بقي يبنى عليه وقوله فلو لم يخلفه فالسلعه للعامل وقيل
يخلفه جبرا ● يعني ان رب المال اذا اختار الانحلال من القراض ولم يخلف المال
ما دي حال العامل ان يكون كالوكيل فيلزم السلعه العامل كما تلزم الوكيل
فيما يشبه هذا والقول الاخر لغيره وراي ان الدنانير والدراهم لا تتعين
مطلقا فالزم رب المال الخلف ولا بنا في على مذهبه فرض هذا الفرع الاخير
وانظر هل يكون راس المال عنده المال الثاني عنده وحده او هو مجموع المالين
وقوله ولو اشترى بمايتين والمال مايه فشريك بالنصف ● هذا ظاهر وقد
تقدم انه لا يجوز للعامل خلط مال القراض بمال نفسه وهذه المسله من ذلك
المعنى ولكن ينبغي ان تقيد هذه الصوره بما اذا دفع مجموع المايتين وان
كان دفع مايه القراض وبقيت الاخرى على التقاضي وعلى ذلك اشترى العامل
كانت هذه هي المسله الثانيه وهي قول المولف فان كانت مايه نسيئة قومت وكانت
له نسبه قيمتها ● يعني فان اشترى بمايتين مايه نقدا وهي مايه القراض ومايه
موجله فانه شريك لرب المال في القراض بقيمه المايه الموجله لان تلك القيمه هي
التي زاد العامل حقيقه وهذا قول اشهب واحد قولي ابن القاسم وهي روايه

اشهب وقال ابن القاسم ايضا وروي عن مالك انه يكون شريكا بما زادته قيمة
السلعة على ما به القراض والاقرب هو الاول واما ما روي عن مالك من تقويم
السلعة اي ويكون بها شريكا فقال سحنون ذلك خطا ولا شك ان ذلك خطا
الا ان يتاول ان مراده بتقويم السلعة ليكون شريكا بما زادت القيمة على ما به
القراض وقوله **العاقدان** كالوكيل والموكل ۝ هذا هو الركن الرابع ولما
كان العامل يتصرف في مال غيره باذنه اشبه العامل الوكيل ورب المال الموكل
فنظر وعلى الاول تنبني اكثر مسايلهم وقد قال مالك في المدونة للماذون اخذ
القراض وقال ابن القاسم له ان يدفع القراض لانه يبيع بالدين ويشتري به
وقال اشهب وسحنون لا ياخذ الماذون قراضا ولا يدفعه لحلاف المعاني وحكى
اللخمي عن اشهب منع اعطا الماذون القراض واخذه والاول حكاه ابن يونس
وقوله واذا تعدد العامل فالربح بقدر عملهم كالشركاء ۝ يعني ان اخذ
مال القراض رجلين فاكثر فالعاملان كالشريكين يبدانهما فهل من
صحة هذه الشركة ان يكون الربح لهما تابعا لعملهما او ليس ذلك من شرطه
في ذلك قولان في المذهب المشهور ما ذكره المولف انه من شرطه وحكى
بعضهم عن سحنون ما ظاهره عدم اشتراطه وهو مذهب الشافعي وابي
حنيفة واختاره ابن رشد قيل لان رب المال ان يدفع لكل واحد منهما
جزاء من ذلك المال على اي الاجزا شاء من الربح على الانفراد فكذلك يكون له
مع الاجتماع فاذا فرعنا على المشهور وكانا قد قبضا المال على ان لاحدهما
ثلث الربح وللاخر السدس فقال محمد وابن حبيب يقسم الربح على ما اتفقا
عليه من التجزية ويرجع صاحب السدس على صاحب الثلث باجر فضل عمله
وقال غير واحد بل يرد الى حكم القراض الفاسد ثم اختلف هولاء فقال
التونسي يكون له اجر مثله وقال فضل لهما قراض مثلهما وقول التونسي
اظهر عندي واجرى على المذهب لان القراض فاسد عليه وقع التفريع

وانه

وانه ممنوع ابتدا واذا قلنا بانه يقسم على التجزية التي دخلا عليها فهل
يرجع صاحب السدس باجر فضل عمله على العامل الثاني وهذا قول ابن حبيب
ومحمد او على رب المال وهو قول احمد بن خالد وظاهر كلام المولف انهما اذا
شرطا التجزية في الربح على قدر عملهما ان ذلك جايز ابتدا وهو معنى المدونة
عند بعضهم وذكر ابن المواز عن ابن القاسم انه يكره ابتدا فان نزل
وعملا مضى على شرطهما قال بعض الشيوخ ولا يكون حظهما في الربح
فيما بينهما على حسب بصرهما بالتجارة يعني وانما يعتبر التساوي في العمل
وتجزية الربح وقوله وللعامل نفقته في السفر وفي اقامته بغير وطنه
للمال في المال بالمعروف ۝ يريد انه يجب للعامل نفقته على حسب ما يقتضيه
حاله وهو مراده بقوله بالمعروف ويكون ذلك في المال الذي قورض فيه
لا في ذمة رب المال بشرط ان لا يكون في وطنه سوا كان مقيما في غير وطنه
او منتقلا عنه وسوا ووافق ابو حنيفة على وجوب النفقة من حيث
الجملة وقال الشافعي لا ينفق في سفر ولا حضر الا باذن رب المال ومال
اليه بعض الشيوخ من المذهب ولاصحاب الشافعي في ذلك ثلاثة اقوال
احدها هذا والاخر مثل قول مالك والثالث ينفق في السفر بقدر ما بين
نفقة السفر والحضر قلت ولا يبعد هذا القول عن اصول المذهب وقد
قيل في المذهب في الوصي يخرج بمحجوره الى السفر الحاج سفر الحج من غير
ضرورة انه تكون زيادة نفقة السفر على نفقة الحضر في مال الوصي وقال
الليث يتغدى العامل في الحضر بالافلس ولا يتعشى وهذا ايضا قريب
في المعنى من الذي قبله لانه في النهار مشغول بعمل القراض دون الليل وقال
الثوري ينفق في ذهابه في السفر ولا ينفق في رجوعه وقد ادعى بعض
كبار الشيوخ من المذهب الاجماع على وجوب النفقة للعامل في السفر قبل
زمان الشافعي فان ثبت هذا فلا كلام والا فالقياس خلافه ودل كلام المولف

مالا لتزام على انه لا نفقة للعامل اذا كان مقيما ببلده وهاكذا هو المنصوص في
المذهب وتاول بعض الشيوخ هذا على ان عمل القراض لم يقطع العامل عن الوجوه
التي كانت تقوم منها نفقته كمن كان متعطلا لا صنعة له ثم اخذ القراض
قال واما ان كانت له صناعة يقوم منها عيشه او تجارته فعطل ما كان عليه
لاجل العمل في القراض فهو كالمسافر في وجوب النفقة واشار المولف بقوله
في المال الى التحرز من قول من قال ان النفقة تكون في الربح وهذا الحكي عن قتادة
ولو شرط رب المال على العامل اسقاط النفقة ففي المدونة وغيرها ان ذلك
لا يجوز يعني في المال الذي يحمل فيه النفقة قال ابن القاسم فان وقع فهو
اجير وقد تقدم ان محمدا اجاز للعامل اسقاط النفقة بعد العمل ومن
نفقة العامل بالمعروف في مال القراض ان يكون له مع طعامه وشرابه
كراء ركوبه ومسكنه ودخول الحمام والحجامة وحلق الراس وغسل ثوبه
وغير ذلك مما في معناه من الامور المعتادة رواه اشهب عن مالك في الحجامة
والحمام ولا يكون له الدوا في مال القراض هاكذا قالوا وهو صحيح ولو قيل به
في الحجامة لما كان بعيدا وقال ابو حنيفة ليس له ان ينفق في حجامة ولا
حمام واطلق المولف السفر ومراده السفر بسبب المال فلو خرج بالمال للتجارة
والحج او الغزو فقال الجمهور من اهل المذهب لا نفقة له في القراض ذاهبا ولا
راجعا وزادوا فقالوا ولو كان مقصوده التجارة وقال ابن المواز له النفقة
ذاهبا وراجعا وقال ابن القاسم اذا كان للعامل في القراض اهل في البلد الذي
يسافر اليه واهل في البلد الذي يسافر منه فلا نفقة له في ذهابه ولا رجوع
وقال اشهب له النفقة في ذهابه ورجوعه ومسايل هذا الفصل كثيرة
وقوله وتوزع على ما بيده ولو اخذه بعد ان اكترى وتزود يعني
ان العامل في القراض اذا وجبت له النفقة لم تختص بها مال من الذي بيده
للتجارة دون مال بل توزع على قدر المالين فان تساويا اخذ النفقة منهما

سوا وان كان احدهما ضعف الاخر كان على اكثر المالين ثلثا النفقة
وعلى اقلهما ثلثها وظاهر كلامه وكلام المتقدمين العموم سوا كان كل
واحد من المالين لكثرته تجب له فيه النفقة لو انفرد او كان كل واحد منهما
لا تجب فيه النفقة لو انفرد لقلته لكن مجموعهما كثير او كان احدهما كثيرا
والاخر قليلا وذلك يدل كلامه اثر هذا انه لا فرق بين ان ياخذهما
في وقت واحد او متعاقبين وخرج الشيخ ابو الحسن اللخمي ما اذا كان المختلفي
القدر ان كل واحد منهما تجب فيه النفقة لو انفرد ان تكون النفقة منهما
بالسوا قياسا على قول من قال في الولدين المليين انه تجب عليهما نفقة ابيهما
بالسوا ولو اختلف ملاوهما ويحتمل ان يقال ان الموجب لنفقة العامل في
القراض هو المال فالنفقة من مجموعه ويلزم من ذلك قطعا ان تكون
موزعة عليهما على ما قاله المولف واما نفقة الاب على الولدين فليس موجبها
المال وانما موجبها الابوة والبنوة بشرط الملا فالمال اليسير وان
كان شرطا والقرابة التي هي موجب قد استويا فيها فاستوت النفقة عليهما
من اجل ذلك واختار ايضا في المالين القليل كل واحد منهما الا ان مجموعهما
كثير سقوط النفقة عنهما معا لان رب كل واحد منهما قد دخل معه
على عدم النفقة فليس اجتماعهما بمغير حكم ما دخلا عليه وهذا
الذي قاله ظاهر بشرط الا يكون شان اخذ القراض من الناس واما ان
كان شانه ذلك فيحتمل ان يقال الحكم على ما قاله الشيخ ويحتمل ان يقال لما
استهر ان حكم النفقة على ما قاله مالك فلا نسلم انه دخل معه على
عدم النفقة ثم بنى على ما قاله في هذا القسم سقوط النفقة من المال
القليل مع المال الكثير والبحث في هذين القسمين واحد واما قول المولف
ولو اخذه بعد ان اكترى وتزود فمعناه انه لا يضره في فض النفقة
على المالين ان يكونا متعاقبين ولا ان يكون قد تجهز للسفر بالاول

حتى يقال انه لا بد له من السفر فلا اثر للمال الثاني في النفقة وهذا هو المنصوص
في المذهب وخرج الشيخ اللخمي في هذه المسالة قولا بسقوط النفقة عن المال
الثاني من القولين فيمن خرج لحاجته ثم اخذ قراضا انه لا نفقة في مال القراض
وفيه نظر لا يخفى عليك مما قدمناه فتامله وقوله ولو خرج في حاجة وزع
النفقة عليهما ● قد علمنا الان ان فيها قولا اخر بسقوط النفقة عن مال القراض
ذكره عنه ابن المواز ومال اليه وقال اللخمي انه المعروف من المذهب وعلى القول
الاول وهو مذهب المدونة وفي العتبية وكتاب محمد ينظر قدر نفقته في طريقه
فان كانت مائة والقراض سبع مائة فعلى المال سبعة اثمان النفقة وفي هذا
التوزيع عندي نظر ولا ينبغي ان تكون المحاصة بقدر نفقته في حاجته
مع مبلغ مال القراض فان نفقته في حاجته من اثار حاجته كما ان نفقته
في مال القراض من مال القراض فكان يجب ان تكون المحاصة في الاثار بحسب
موثراتها وعلتها لا بحسب احد الاثرين مع الموثر والله سبحانه اعلم وقوله
وقال ابن القاسم والاخدام لمن كان اهلا ● هذا داخل تحت ما قدمه من
النفقة بالمعروف وانما احتاج الى ذكره لان المتبادر الى الذهن من النفقة
انما هي الطعام والشراب وذكر الاخدام ليدل على انه مراد كلامه وايضا
فان النفقة في الطعام والشراب موقوفة على شرط والاخدام موقوف على
الشرط الذي ذكره قال مالك في المدونة وللعامل ان يواجر للاجراء للاعمال
التي لا بد له من ذلك فيها ويكري البيوت والدواب لما يحمل عليه ويجوز له ان
يواجر من مال القراض من يخدمه في سفره ان كان كثيرا وكان مثله لا
يخدم نفسه فان قلت هلا نبه المولف على شرط كثرة المال في ايجاب
الخدمة كما ذكرته عن المدونة قلت استغنى عن ذكره هذا الشرط هنا
لا يعتبره الان في وجوب النفقة والكسوة فان قلت وكيف يلزم من
اعتباره في النفقة والكسوة اعتباره في الخدمة قلت لان وجوب النفقة

اعم

اعم من وجوب الخدمة الا ترى انه مهما وجبت الخدمة وجبت النفقة
ولا ينعكس والشرط المعتبر في الاعم معتبر في الاخص لان الاخص
يستلزم الاعم فان قلت حيث اعتبر المولف كثرة المال انما ذكرها في النفقة
والكسوة والنفقة والكسوة اخص من النفقة بدون الكسوة والكسوة
وحدها اخص من الخدمة فكيف بالكسوة مع النفقة فقد استبان انه
لم يعتبر ذلك الشرط فيما اعم من الخدمة بل فيما هو اخص مما هو اخص
من الخدمة قلت لما اعتبر المولف هذا الشرط في النفقة والكسوة
ولم يعتبر في مجموعهما وانما اعتبره في كل واحد منهما وعلى هذا التقدير
تكون النفقة اعم من الخدمة وقوله والقول قوله اذا اشبه ●
يعني ان القول قول العامل في مقدار النفقة التي انفقها من مال القراض بشرط
ان يشبه قوله كما يكون القول قوله قال اليتيم في قدر ما انفقه على اليتيم
فهل يلحق اليمين للعامل في ذلك اصول المذهب تقتضي ان حقق عليه
الدعوى حلف والا جرى على ايمان التهم ومقتضى النظر هنا وهو ظاهر
كلام المولف انه يفرض له من ذلك ما يشبه في العادة ويسقط الزائد
لانه ان كان صادقا في انه انفق ما يشبه فذاك وان كان لم يكن صادقا
فيه وقد انفق من ماله ما يجب لربه الرجوع على غيره وقال في المدونة
عن ابن القاسم اذا قال العامل انفقت في سفري من مالي مائة درهم لارجع
بها في مال القراض صدق ربح او خسر ورجع بها في المال ان اشبه ذلك
نفقة مثله ومعنى هذا اذا كان الباقي من المال بعد الخسارة مائة
درهم فاكثر ولو بقي اقل لم يكن له ذلك قال ولو ادعى ذلك بعد المقاسمة
لم يصدق وقبل مالك قوله في ذلك ذكره ابن المواز وقال في العتبية
اذا ادعى بعد المفاصلة انه نسي طلب النفقة قبل قوله بحلفه وقوله
وله الكسوة في بعده لا قربه وقال ابن القاسم الا ان يطول ● يعني

ان للعامل جميع كسوته في المال بالمعروف مثل ما قدمه في النفقة لكن
خالف النفقة في ان النفقة تجب في مطلق السفر والكسوة لا تجب في السفر
القريب اذا لم يطل مقام العامل فيه وتجب فيه اذا طال مقامه وتجب
ايضا في بعيد السفر وذلك ان النفقة ينقطع ما بعدها عما قبلها في
كل يوم والكسوة لا تنقطع لان ما يكون العامل قد لبسها يوم القراض
يبقى لابسا له فيما بعد ذلك فلا يحتاج الى تجديده الا بعد طول وقال
القاضي عبد الوهاب للعامل من الكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتج اليها
ورده الباجي بالنفقة فانه تجب للعامل جميعها في السفر لا القدر الذي زادت
نفقة السفر على نفقة الاقامة ووقع لهم ان ما بين دمياط الى مصر
من السفر القريب الذي تجب فيه النفقة دون الكسوة الا ان يطول
المقام كالشهرين ونحوهما ولمالك عند ابن حبيب ورواه عيسى عن ابن القاسم
الا كسوة في مثل هذا السفر ولو طال المقام وقوله واما القليل فلا
نفقة فيه ولا كسوة ● هذا ايضا لا خلاف فيه في المذهب ومعناه على ما
تقدم اذا كان العامل ليس بيده من القراض غيره بخلاف لو كان بيده مالان
لرجلين كل واحد منهما قليل ومجموعهما كثير على نصوص المذهب وقد تقدم
اختيار اللخمي قال بعض الشيوخ ان كان السفر بعيدا والمال كثيرا فالنفقة
والكسوة وان كان السفر بعيدا والمال قليلا فلا نفقة ولا كسوة وان كان
السفر قريبا والمال قليلا فله النفقة دون الكسوة على ما في سماع عيسى
وظاهر ما في الواضحة انه لا نفقة له ولا كسوة واما قوله قدر اليسير ففي
المدونة نفي التحديد وفي الموازية ايضا في القراض والبضاعة خمسون
دينارا او اربعون له فيها النفقة والكسوة في بعيد السفر وفي القريب النفقة
دون الكسوة ولمالك في مختصر ما ليس في المختصر لا ينفق منه اذا كان يسيرا
وانه بسبعين دينارا وفي كتاب ابن المواز قيل فاذا بعث معه بضاعة

الموازيه

ليشترى

ليشترى له بها سلعة اينفق منها قبل ان يشترى قال نعم وكذلك لو بعث ذلك
معه سلعة ليبيعها له فلينفق منها اذا باع وان كان على وجه المعروف
وذكر ابن يونس ان المعروف عندهم في البضاعة ان كان الخروج لها ومن اجلها
فيجب ان يكون له اجره ونفقته وان كان انما خرج لتجارة نفسه فبعث
معه ببضاعة او بمال ليشترى سلعة فالمعروف عندهم الا شيء له قال فيجب ان
ان يحمل عليه وهو قريب مما قاله اللخمي لانه بعد ان ذكر عن محمد ان البضاعة
كالقراض في الكسوة قال العادة اليوم انه لا ينفق ولا يكتسي من البضاعة
وانه فيها على احد امرين اما ان يعمل بها على وجه المكارمة فلا نفقة
له او على اجارة معلومة لا يكون له غيرها وللشيخ ابي محمد تقييد على ما في
كتاب محمد من وجوب الاجرة على البضاعة الكثيرة انما يكون له الاجر على
البضاعة اذا كان مثله يواجر نفسه والا فلا وقوله واذا فات القراض
الفاسد ففيه ثلاث روايات قراض المثل واجرة المثل ابن القاسم ما فسد لزيادة
احدهما او لشرط رب المال ما يحتاج الى نظره فاجرة المثل وما عداه كضمان
المال او تاجيله فقراض المثل وروي في الفاسد بالضمان له الاقل من قراض المثل
والمسمى ● قد تقدم في اثناء كلامنا على المسائل حكم كثير من فروع القراض
الفاسد اذا وقعت وما يجب فيها بحسب المنقول في اعيان تلك الفروع ومراد
المؤلف هنا ان يذكر ما جرت به عادة اهل المذهب من بيان حكم القراض اذا وقع
فاسدا فاشار المؤلف الى لزوم الفسخ اذا وقع القراض فاسدا ولم يفت وهو
كذلك اذ لا معنى لكونه فاسدا الا لزوم فسخه من حيث الجملة ولم يبين المؤلف
ما مراده بالفوات هل هو شغل المال او نضوضه والاول هو الذي تدل عليه
مسائلهم وصرح به بعضهم فان قلت قد ذكر المؤلف ان في القراض اذا وقع
فاسدا وفات ثلاث روايات فاما الروايتان الاولى والثانية فهما ظاهرتان
في كلامه فاين الرواية الثالثة قلت يحتمل ان تكون هي ما دل عليه كلامه بالالتزام

لان كلام ابن القاسم وما بعده يدل على وجود رواية ثالثة بالتفصيل ثم خلاف
التفصيل هو كلام ابن القاسم وما بعده ويحتمل ان تكون الرواية الثالثة
هي قوله وروي له في الفاسد بالضمان الى اخره لان معناها ايضا التفصيل
ففي الصوره التي ذكرها المولف قراض المثل وما عداها من القراض الفاسد
فاجره المثل ويكون كلام ابن القاسم قبل هذه الروايه زايدا في المساله
فان قلت هلا عد كلام ابن القاسم روايه ثالثه ولا يمنع منه نسبتها
لابن القاسم اذ لا مانع ان يتفق عليها ابن القاسم ومالك معا ويكون المولف
استغنى عن ذكر مالك هنا بما تقدم من نسبه الروايات اليه قلت لو حملناه
على هذا للزم ان يكون المولف ذكر في المساله اربع روايات لا ثلاث
روايات والاظهر هي الروايه الثانيه وبها قال الشافعي وابو حنيفه
لان القراض اذا وقع فاسدا جاذبه اصلان في الشبه القراض والاجاره
ونسبته الى الاجاره اولى لكثره مسايلها او للكثره احد موجبات الرجحان
وقد اطبق الشيوخ على ضعف الروايه الثالثه وما يشبهها من التفصيل
وان كانت هي اشهر الروايات وهي مبنيه في الاصل على مراعاه الاشباه
بحسب الوقايع وهي طريق سديد لكن الواقع منها في كلام المتقدمين
على كثرته مشكل جدا فذكر المولف منها قول ابن القاسم والروايه التي
بعده قال ابن حبيب اصل هذا ان كل زياده اشترطت داخله في المال غير
خارجه عنه ولا خالصه لمشترطها فترد الى قراض المثل وكل زياده ازدادها
خارجه من المال او خالصه لاحدهما رد الى اجر مثله وكل خطا او غرر
يتعاملان عليه خرجا فيه عن سنه القراض فهو اجير وقال اشهب وابن الماجشون
يرد في كل قراض فاسد الى اجاره مثله الا في مساله واحده اذا اشترط الا
نفقه للعامل ولمالك في الموازيه في القراض بالضمان ان له الاقل من قراض مثله
او ما سمي من الربح وطرد هذا بعض الشيوخ في كل قراض فاسد وقال ابن القاسم

في المدونه

في المدونه اذا وقع القراض فاسدا بالعروض او بالاجل او بالضمان او مبهما
او على ان له في المال شركا او على ان لا يشتري الا بالدين فاشترى او على ان لا
يشتري الا سلعه كذا وهي غير مامونه فاشترى والحق بذلك مسله وان
لم تكن من القراض الفاسد وهي اذا اختلفا واتيا بما لا يشبه فتحالفا حمل
غير واحد على ابن القاسم حتى صرح به بعضهم عنه ان ما عدا هذه المسايل
من القراض الفاسد ففيها اجره المثل وقال بعض الشيوخ انه يرجع بالتاويل
الى قول ابن حبيب ومنهم من جعل في المذهب سته اقوال فذكر بعض ما قدمناه
وزاد قولا اخر انه يمضي القراض على ما اتفقا عليه من وجه صحيح ويسقط
الشرط الفاسد ووقع مثله لابن نافع في القراض الى اجل وقولا اخر عن ابن نافع
ايضا ان مشترط الزياده ان اسقطها صح القراض وان ابى بطل ورد الى قراض مثله
وقوله وقراض المثل في الربح واجره المثل في الذمه ابن حبيب لانها في الربح وكل
لانها في الذمه فيقدر تقويم جزء الربح لو صح العقد يعني انه لما كان الحكم في
القراض الفاسد اجره المثل في روايه وقراض المثل في روايه اخرى والتفصيل
في ثالثه وجب من اجل ذلك ان يبين الفرق بين قراض المثل واجاره المثل ليظهر
ثمره الخلاف وقدم الخلاف في تجنيبه ذلك الفرق وابتدا بالقول الذي جرت
عادته في نقل الاقوال بتاخيره وهو التفصيل وانما قدمه لان المقصود من
هذا الفرع كما ذكرنا هو الفرق بين اجاره المثل وقراض المثل ولا يتمشى ذلك الا
على القول بالتفصيل الا ترى ان التسويه بينهما حاصله على كل واحد من
القولين الاخيرين من هذا الوجه الذي وقعت التفرقه به بينهما وايضا فان
القول بالتفصيل على هذا الوجه هو المشهور في المذهب فان قلت لا يلزم من
تعذر الفرق من هذا الوجه على القول الثاني والثالث تعذره من كل وجه قلت
هذا صحيح ولكن المولف لم يذكر في الفرق بينهما الا هذا الوجه نعم الحق باثر
القول الثالث كلاما يقتضي فرقا ثانيا وهو قوله فيقدر تقويم جزء الربح لو صح

العقد وذلك الجواب عن سوال مقدر وهو ان الفرق بينهما في القول الاول
اذا كان من جهة المتعلق بالذمة والربح فكيف يكون الفرق بينهما على
القولين الباقيين فقال ما معناه ان الفرق بينهما من حيث الكثرة والقلة
وذلك ان الشروط مثلا في القراض توجب فساده وتوجب صعوبة في
العمل ولا سيما ان كانت تلك الشروط على العامل لا على رب المال واذا اوجبنا
اجارة المثل قدرنا عوض العمل مجردا عن تلك الشروط لانا لو عثرنا على
القراض قبل تمامه لفسخنا هذه الاجرة على ظاهر المذهب لاجل تلك الشروط
فلا تكون لها عوض واذا اوجبنا قراض المثل اعتبرنا عمل العامل بقيد تلك
الشروط لانا لو عثرنا على القراض قبل تمامه وبعد شغل المال لحكمنا
فيه بالتمادي على ظاهر المذهب فينتج ذلك الاحالة لكثرة العوض وقلته هذا
احسن ما يحمل عليه هذا الكلام الذي اتى به المولف هنا على ما هو عليه من
الاجمال والله سبحانه اعلم بمراده ولعله ايضا معنى كلام القاضي ابن القصار
فتامل ذلك كله وقد ظهر لك من كلامنا ان هنا فرقا اخر وهو انا حيث حكمنا
بقراض المثل يلزم تمادي العامل على عمله كما في المساقاة الفاسدة وحيث حكمنا
باجرة المثل فيفسخ العمل متى عثر عليه ويكون للعامل اجرة ما عمل ولا يمكن
من التمادي وهذا الفرق ايضا ليس متفقا عليه ولكنه هو المشهور
وكذلك ايضا فرقوا من وجه اخر في المشهور فجعلوا ان العامل احق من الغرما
اذا وجب له قراض المثل واختلفوا هل يكون كذلك في اجرة المثل اولا وقوله
ولم يخلطه بما بيده له ولغيره حلا والشركة والبيع نسيئة فان فعل
ضمن والربح بينهما ه يعني ان للعامل ان يخلط مال القراض بماله يشارك
فيه بمال القراض وله ايضا ان يخلط مال القراض بمال لغيره اخذه قراضا
حلا وان يشارك بمال القراض رجلا اجنبيا فانه يمنع من ذلك ويمنع ايضا
من بيع سلع القراض نسيئة والفرق ظاهر لان المال في مسالتي الخلط لم

تخرج

تخرج من يده فهو باق تحت يد امين رب المال على الوجه الذي اخذه منه وهو
التجارة واما شركته لاجنبي وبيعه بالنسيئة فاخراج المال رب المال من
تحت يده بغير اذنه وذلك ممنوع وزاد في المدونة منع من مشاركة العامل
لعامل اخر لعامل لرب المال الا باذن رب المال وشبهها بما لو اراد المودع
ان يودع تحت يد امين لرب المال فانه لا يكون له ذلك وقد تقدم من هذا
المعنى وانه لو شارك في سلعة معينة انه لا باس بذلك وقال ايضا
ابن القاسم لو شارك رجلا فيما لا يغيب عليه ويقتسمانه جائز واذا منع
من المشاركة على الوجه الذي قلنا فاحرى ان يمنع من البيع نسيئة لانه لا
ينقطع نظره في المال بالمشاركة ولا يزال بعضه تحت يده بخلاف بيع السلعة
نسيئة على انه قد وقع في المذهب قول بجواز اعطايه السلم واستغربه
ابو عمران وهو كذلك مخالف لقواعد المذهب والله اعلم قال في المدونة
في مسالتي الشركة والبيع نسيئة فان فعل ضمن قال بعض الشيوخ فاذا
باع بالدين بريد ونعذر فسخ البيع فانه يباع الدين بالنقد على مذهب ابن
القاسم ويضمن الخسارة ان كانت فيه وقال في كتاب محمد لو اسلف في طعام
انه بو راس المال ويستاني بالطعام حتى يقبض فان كان فيه ربح
اقتسماه قال ولو اسلف ايضا في غير الطعام لم يجز وبيعت السلع بعد ان
تقبض بنقد فان كان ربح فبينهما وان كانت خسارة فعلى العامل وحده
واعلم انه لا يكون له خلط مال القراض بمال لرب المال ولغيره الا ان المصلحة
لا زما لما قال في المدونة واذا خاف العامل ان قدم ماله على مال القراض او
اخره وقع الرخص في ماله فالصواب ان يخلطهما ويكون ما اشترى
بهما من السلع على القراض وعلى ما نقد فيها لحصة القراض براس مال القراض
وحصة العامل على ما نقد فيها ولا يضمن العامل ان خلطهما بغير شرط
وقد تقدم الكلام على شرط الخلط قال ولو اخذ من رجل قراضا فله ان ياخذ

من اجر ان لم تكن الاولى اشترا يشغله المال عنده ولا يأخذ حينيذ من غيره شيا
قال ابن القاسم فان اخذه هو وتحمل العمل بهما فله ان يخلطهما ولا يضمن وما
جرت عادة الطلبة من ذكر مسايل النزاع هذا اذا ربح في احد المالين ولم
يدر ايهما هو وما يتعلق بذلك فليس مما يناسب كلام المولف فنتكلم عليه
لان ذلك من عوارض عدم الخلط واما قول المولف والربح بينهما فمعناه ان
كون الضمان من العامل بسبب تعديه في هاتين المسلتين لا يوجب له الربح
حماية لحق رب المال في القراض لانه لو كان للعامل الربح لعله الضمان والضمان
معلول للتعدية لكان ذلك حاملا للعامل على التعدي فما يفوت على رب
المال في الربح على ما كان عليه والزموا العامل الضمان بسبب الخسارة وغيرها
ثم قال المولف مبينا لطرد هذا المعنى وذلك كل تعديه اي في القراض
وذهب بعضهم الى ان العامل يجب له الربح كله في مسايل الضمان بسبب المخالفة
لانها توجب انتقال مال القراض الى ذمته وذلك موجب لكونه مالكا للربح
وقوله اما لو نهاه عن العمل قبل العمل فاشترى فكالوديعة له ربحها وعليه
غرمها ● لما قدم ان ضمان العامل بسبب تعديه في القراض لا يوجب اختصاصه
بالربح وان هذه كلية مطردة خشي ان ينتقض عليه بصورة ذكرها في
المدونة وهي لو نهى رب المال العامل عن العمل قبل شغله المال لم يكن للعامل
ان يعمل في المال لما قدمناه ان عقد القراض منحل قبل شغل المال فيكون
المال حينيذ بيد العامل كالوديعة لسقوط الضمان عنه بالاصل وانه
غير ماذون له في تحريكه فان حركه في التجارة فخسر فيه ضمنه وكذلك
ان ضاع قبل نضوضه فان ربح فيه اختص بالربح ولم يكن لرب المال دخول
معه فيه لما ذكرناه من شبه الوديعة اذا تجر فيها المودع قال ابن حبيب
ما لم يقر العامل انه اشترى السلعة في هذه الصورة على اسم القراض
فان اقر بهذا فالربح على القراض ولم يخرجه ذلك من الضمان ريد ابن

حبيب

حبيب لان العامل التزم لرب المال بنصيبه من الربح فيها فيلزمه الوفا بذلك
وفيه عندي نظر لاحتمال ان يقال ان العامل ما التزم هذا القدر الا على
شرط عدم ضمانه للمال واما على تقدير ضمانه له فلا واذا لم يوف له بهذا الشرط
فلا يلزمه ذلك المشروط والله اعلم فان قلت هذا المعنى وان كان صحيحا ولكنا
اجمعنا على انه ملغا في الكلية المتقدمة الا ترى ان العامل لم يلتزم دفع
نصيب رب المال الا على تقدير كونه غير ضامن ومع ذلك لم يوف له بهذا
الشرط قلت اخذ رب المال لنصيبه في تلك الكلية لم يكن لاجل ان العامل
التزمه له حين تعديه وانما كان اخذه له بمقتضى عقد القراض اولا وذلك
العقد قد لزم بشغل المال بعده فوجب الوفا لرب المال بمقتضاه بخلاف
مسلة ابن حبيب فان عقد القراض فيها قد انحل بنهي رب المال العامل في
وقت كان له ان ينهاه فصار المال بيد العامل وديعة كما قلنا والتزم له
العامل بعد ذلك حظا في الربح على شرط لم يتم له وقوله بخلاف ما لو نهاه
عن سلعة فاشتراها ● يعني ان استبداد العامل بالربح في المسلة التي فرغنا
منها انما كان بسبب انحلال عقد القراض وبقا المال تحت يد العامل وديعة
كما تقدم التشبيه وذلك السبب مفقود من فرع وهو ما اذا نهى رب المال العامل
عن شرا سلعة ما فاشتراها فانه لا يستبد بربحها بل يرجع الحكم فيها في
الخسارة والربح معا الى حكم تلك الكلية المتقدمة لبقا عقد القراض بينهما
على ما كان عليه فان قلت استبداد العامل بالربح فيما تقدم الان انما كان
لاجل تصرفه في المال بعد انحلال القراض فهب ان ذلك السبب منتف
حيث اشترى السلعة المنهي عنها بعد شغل المال ولكنه غير منتف
اذا اشترى السلعة المنهي عنها قبل شغل المال الا ترى ان عقد القراض
حينيذ منحل من جهة العامل كما هو منحل من جهة رب المال قلت معنى
كونه منحلا حينيذ هو ان لكل واحد منهما ان يحله فاذا اشترى العامل

تلك السلعه قبل ان يحله بقي حكم تلك الحليه السابقه على ما كان عليه
لانتفا المعارض والله اعلم فان فرضنا انه حله عنه وبعد ذلك اشترى
فنقول شرط هذا الاخلال ان يعلم رب المال بان العامل حل عن نفسه
عقد القراض ولم يتحقق وجودها اذا الشرط وقوله وله ان السفر على
الاصح ما لم يحجر ه يريد للعامل السفر بمال القراض عند اطلاق العقد وفي
ذلك قولان مذهب المدونه ما ذكرناه وقال ابن حبيب السنه الا يخرج به الا ان
ياذن له صاحب المال وهذا هو القول المقابل للاصح واعتبر بعض الشيوخ
القرابين حال وكان شان العامل الاسفار وعلم رب المال حاله فلهذا السفر
وحال وكان شانه الاداره في البرا دين وشبه ذلك والبلد متسع والمال
قليل وشبه ذلك لم يكن له السفر وقال مالك في كتاب محمد لا يصلح ان يشترط عليه
ان لا يسافر به واما قول المولف ما لم يحجر فمعناه ما لم يحجر رب المال على العامل
السفر قبل شغله المال في سلع تصلح للسفر قاله مالك في المدونه واما ان
اشترى تصلح لذلك فليس له منعه وزاد ابن القاسم فيها وكذلك لو تجهز واشترى
متاعا يريد به البلاد فللك رب المال وللعامل النقود وليس للورثه منعه
وهم في هذا كوليهم وفي كتاب ابن المواز اذا قام غرما رب المال بعد ان خرج بالمال
وامكن بيع السلع بيعت واخذ ذلك الغرما وكذلك ان كان عينا فلهم اخذه
واما غرما العامل فلا لهم الا بعد وصول المال الى ربه والذي قاله في غرما العامل
واضح وما قاله في غرما رب المال مشكل وظاهر مخالف للمدونه فتامله وقد
استشكله بعضهم وقوله وله ان يزارع ويساقي فيما لم يكن موضع ظلم
فيضمن ه يعني ان للعامل مراده بالمزارعه هنا ان يشتري العامل بالمال
طعاما واله الحرث ويكتري بذلك الاله والاجرا لان ذلك مما يقصد به
تنميه المال فيتناوله عقد القراض كما يتناول غيره من وجوه التنميه وكذلك
اخذه نخلا او غيرها مساقاه وينفق عليها مال القراض اذا كان من النظر

واما

واما شرط انتفا الظلم فانما صرح به في المدونه في الزراعه وكلامه يحتمل
في المساقاه على انه لم يكتف في تضمين العامل اذا زارع بكون المكان موضع
ظلم بل زاد فقال يرى انه خطر فقد يكون موضع خطر ولكنه لا يعتقد
في هذا الزارع الخاص انه مخاطر لجاهه او لغير ذلك قال ابن القاسم في العتبيه
ان اخذ مالا قراضا فاشترى به ظهرا فاكراه فنما المال او نقص اراه متعديا
وضامنا وتردد بعض الشيوخ في كون هذا الفرع مخالفا لمسله الزراعه او
موافقا والفقه في هذا راجع الى اعتبار ما دلت العاده عليه وعند عدم دلاله
العاده يرجع الى الاصل وهو عدم التضمين وقوله ولا يشتري بنسيه وان
اذن ه لا خفا ان فاعل يشتري ضمير يعود على العامل وان فاعل اذن ضمير
يعود على رب المال وانما لم يبين المولف ذلك لعدم اللبس ولان الاذن انما
يحتاج اليه العامل من رب المال وقصد المولف منع اشترا العامل بالدين
مخالف لمنع بيعه بالدين لان الاول من حق الله تعالى اذ لو جاز شراوه بالدين
لجاز ان يقارضه بغير راس مال وذلك اكل المال بالباطل واما بيعه بالدين
فتعريض المال للتلف فيجوز ان اذن فيه رب المال فان اشترى العامل بدين فظاهر
الروايات ان الربح في ذلك والخساره للعامل وعليه غير انه وقع لابن القاسم ما
يوهم الخلاف وليس بخلاف قال لو اشترى سلعه بمال القراض وهو في بيته يتسلف
ما نقد فيها من رب المال او غيره فنقده ثم باعها ثم اشترى بمال القراض
سلعه اخرى ثم باعها فهذا كله في القراض ما ربح في السلعتين او في احداهما
او وضع لانه كان يمكنه نقده اولا قال في العتبيه ويجبر بما ربح في هذه ما
خسر في الاخرى والفرق بين هذا وبين ما قلنا انه ظاهر الروايات هو ما اشار
اليه ابن القاسم ان هذا اشترى بمال القراض والمشتري بالدين ما اشترى بمال
القراض وانما قصد الى الشرا على دمته وقوله ويبيع بالعرض ه يعني
ان العامل مخالف للوكيل من وجوه هذا احدها انه يبيع بالعرض خلافا للوكيل

المخصوص فانه لا يبيع بالعرض فان قلت تسويغ البيع له بالعرض موجب لتشبيهه
بالوكيل المفوض اليه ومنعه من البيع بالدين وشبهه موجب لالحاقه بالوكيل
المخصوص وذلك تناقض قلت المختار انه كالوكيل المخصوص وعليه تدل
اكثر المسايل لكن لما كانت مراتب الوكلا المخصوصين متعدده كان
عامل القراض شبيها بمن وسع له في النظر من الوكلا المخصوصين وسبب
ذلك ان العامل جعل له تنمية المال وحفظه وتنميته تكون ببيع السلع
وشرايها فلو قيل له لا تشتري العرض الا بعين لكان ذلك تحجيرا في التنميه
مفسدا لعقد القراض وهذا منتف في حق الوكيل على حفظ المال دون
تنميته فان جعل للوكيل التنميه مع الحفظ لم ينافي هذا التحجير عقد الوكاله
وان نافاه عقد القراض لان القراض معاوضه يفسدها التحجير بخلاف
الوكاله فتامله وقوله ويرد بالعيب وان ابى المالك ● يعني ان العامل
اذا اشترى سلعه للقراض واطلع فيها على عيب يوجب للمشتري الرد فاراد
ردها على البايع بسبب ذلك كان هو المقدم في ذلك على رب المال لان العامل
لو اراد بيعها من غير البايع بمثل ثمنها فاكثر لم يكن لرب المال في ذلك
مقال فقصاراه ردها على بايعها واخذ الثمن منه ان يكون كبيعها من غيره ان
هذا موقوف على شرط قاله في المدونه وهو غير خاص بهذه المسله ان
يكون ذلك على وجه النظر من العامل وان حابى فهو متعد يريد فيجوز من
ذلك ما حمله نصيب العامل قاله في المدونه ايضا وذلك قال اذا باع العامل
سلعه فطعن عليه بعيب فحط من الثمن اكثر من قيمة العيب او اقل او
اشترى سلعه من ولده او ولد ولده ما كان من هذا نظر بغير محاباه جاز
وقوله فان كان الثمن جملة المال فللمالك قبوله ● يعني فلو كانت المسله
(الاولى) بحالها الا ان الثمن كان هو جملة المال فاراد العامل رد المعيب وقال رب المال
انا اقبله بذلك لكان القول قول رب المال لان لرب المال ان يقول للعامل ان

ط

زددن

ردد ت ذلك المبيع على بايعه نض المال وكان من طلب المفاصله فيه كالعامل
على قوله هذا اشار اليه في المدونه وهو ما اذا كان قصد رب المال اخذ
ذلك المبيع لنفسه وان كان مقصده ان ياخذه للقراض لم تطرد هذه
الحجه فيه لان العامل يدخل بذلك في عهده بيعه بعد هذا الخلاف وما
اذا اخذه رب المال لنفسه لعذر لذلك قال الشيخ ابو عمران لو كان ثمن هذا
المبيع عرضا لقدم فيها قول العامل قال لان العامل يوجد له ربح في
ذلك العرض اذا عاد الى يده اذا عاد الى يده يعني ولا نظر فيه الى حجه
رب المال لانه لا يقدر على المفاصله التي اشار اليها في المدونه وقوله
ولا يشتري من رب المال ● منعه للعامل ان يشتري من رب المال محمول
على انه للقراض لا لما احتاجه العامل لنفسه ثم اطلاق كلامه محتمل
سادرا الى الذهن منه التحريم وظاهر المدونه الكراهه وهو نص
ما في كتاب ابن المواز قال في المدونه وان صح ذلك منهما لم يصح من غيرها
وله قول اخر في كتاب ابن المواز من روايه ابن وهب وعبد الرحيم انه خففه
ان صح وذلك القولان في الصرف منه واجاز ابو حنيفه المسله وقال
الشافعي اذا كان بما يتغابن الناس به فلا باس به فان قلت ما سبب الكراهه
في احد موكلي مالك قلت خشيه المحاباه لرب المال فيوثر ذلك نقصا في المال
يحتاج العامل الى جبره بعمله هذا الذي صرح به بعض الشيوخ وفيه نظر
واما قول من قال من اصحاب مالك انما كرهه مالك خوفا ان يكون راس
المال رجع الى ربه فيصير القراض بعرض فهو وان كان اقوى مبادره الى
الذهن من الذي قبله غير انه لا يطرد في صرفه منه لان قصاراه ان
يؤول الى قراض بذهب ان كان قد ابتدى بفضه وعلى العكس واما عكس
هذا الفرع وهو ان يشتري رب المال من العامل فقال مالك في الموطا لا
باس به اذا كان صحيحا على غير شرط واشار بشرط الصحه خشيه ان يتوصل

بذلك الى اخذ شي من الربح قبل المفاصله وسوا كان شراوه بنقد او الى
اجل قال ابن القاسم وان اشترى سلعه ليأخذها من القراض فقال ابن
القاسم لا خير فيه وان اشترى العامل من رب المال بعض سلع القراض
فان كان مع استدامه القراض جاز نقدا ولا يجوز الى اجل واجازه الليث
ويحيى ابن سعيد نقدا والى اجل وان كان عند التفاصل جاز بالنقد
واما الى اجل ففيه ثلاثه اقوال المنع لمالك والاجازه قاله ابن حبيب
عن اصحاب مالك قال وغيره ابن القاسم والفرق بين ان يكون بمثل راس المال
فاقل فيجوز او يكون باكثر من راس المال فلا يجوز قاله عيسى عن ابن القاسم
ولعل هذا هو مراد ابن حبيب مما نقله عن ابن القاسم وان كان مراده
الكراهه فهو اقرب الى لفظه كان قولا رابعا وقوله ولا باكثر من
المال ۝ تقدم من هذا المعنى قال مالك في المدونه في العامل يشتري
سلعه باكثر من راس مال القراض ليضمن ما زاد دينا ليكون ويكون
في القراض انه لا خير فيه وقوله ولو اشترى من يعتق على رب المال
وهو عالم فان كان موسرا اعتق وغرم ثمنه لضمانه بالتعدي والولاء
لرب المال ۝ تصور كلامه جلي وكانه ملتزم في هذا القول امرين احدهما
الاعتاق عن رب المال فلذلك كان الولاء لرب المال والثاني اداء الثمن من ماله
قال ابن المواز وسوا كان الثمن اكثر من القيمه او لا وقال سحنون لا يعتق
على العامل اذا كان عالما وقال اشهب ان كان فيه ربح عتق منه قدر ذلك
الربح وبيع الباقي واختاره اللخمي محتجا فان العامل لم يكن كالوكيل وقد
اقر انه لم يشتره لنفسه قلت وهذا صحيح الا انه ينتج صحه ما قاله
سحنون والذي يقتضيه النظر كان على مذهب اشهب اذا كان فيه ربح
ان يقوم على العامل وما قاله في الولا جار على النظر اذا سلم له ان الاعتاق
عن رب المال كما قلنا ونجري على مذهب اشهب ان يكون الولا ما عتق للعامل

الا انه

الا انه مشكل بعدم التقويم كما قلنا ويحتمل ان يقول انما التزم العامل
اعتاق مقدار نصيبه في الربح عن رب المال لا عن نفسه فلذلك لم يقوم
عليه وقوله وان كان معسرا بيع بقدر راس المال وحصه الربح
وعتق الباقي ۝ يعني فلو اشتراه عالما بانه قريب لرب المال كاخيه او ابيه هذا
او ولده وهذا هو العلم المشروط في الفصل لا علمه بان الحكم يوجب
اعتاقه على رب المال فان العلم بالحكم والجهل به لا اثر له عندهم
هنا وانما تعتبرون العلم او الجهل في اسباب الاحكام واذا كان عالما
بما قلناه وهو معسر تعذر عتق نصيب المال ووجب حفظ ماله عليه
فيبيع من العبد مقدار راس المال وحظ المال من الربح وعتق ما بقي
على العامل هذا قول ابن القاسم في المدونه وقاله اشهب في كتاب ابن
المواز وقال فيه ابن القاسم يتبع بالثمن في عدمه اذا كان عالما ويعتق
جميعه قال غير واحد من الشيوخ ومعنى قوله في المدونه وغيرها يباع
منه بمقدار راس المال وحظ المال من الربح انه كان في المال ربح قبل شرايه
فهذا هو الربح الذي يباع بسببه من العبد واما الربح الذي يكون في العبد
بسبب زياده قيمته على ثمنه فلا يلتفت اليه ولا يلزم العامل غرمه لرب
المال واذا بيع لما ذكره فلم يوجد من يشتري من العبد جزءا فانه يباع
جميع العبد وكذلك لو لم يوجد من يشتري براس المال وحظ ربه من
الربح الا اكثر من حظه من العبد فانه يباع على حكم ما وجد لوجوب
تقدم حق رب المال في ذلك العبد وقوله فان كان غير عالم عتق على
رب المال وللعامل حصه ربحه ۝ يعني فان كان العامل غير عالم مضى
شراوه وعتق العبد كله على رب المال لعدم علمه عتقه على العامل
وهي كونه ملتزما للعتق اذ يستحيل التزامه لذلك مع جهله بالقرابه
التي بين العبد وبين رب المال وهذا فيه اشكال لان العامل كالنائب في

التصرف على رب المال فعقده او وكاله ان يتضمن دخول هذا العبد كما يتضمن
غيره من العبيد لزم اعتاقه على رب المال ولا اثر لعلم العامل ولا جهله
وان لم يتضمن ذلك كان شرا العامل له كسلعة نهاه عن شرائها فاشتراها
فلا يلزم رب المال ولا يلزم العامل ايضا اعتاق بهذا العبد فقد حصل
من مجموع الامرين انه لا يلزم العامل شي ولا معنى للتفرقه بين علمه وجهله
واذا سلم ما ذكره المولف وهو ظاهر المذهب اذا كان رب المال مليا فان
كان معسرا قال بعض الشيوخ حكمه حكم العبد بين الشريكين يعتق احدهما
نصيبه وهو معسر فيبقى حظ العامل هنا في العبد ملكا له قال ابن المواز
واذا ادعى رب المال ان العامل عمد لشرايه بمعرفه وانكر العامل فالقول
قول العامل قال ابن رشد والذي يتحصل في هذه المسله اذا اشتراهم وهو يعلم
سته اقوال احدها قوله في المدونه انهم يعتقون عليه ان كان له مال
ويباعون ان لم يكن له مال والثاني انهم يعتقون على رب المال وهو الذي
ياتي على ما في كتاب الرهون في بعض الروايات والثالث ان البيع لا يجوز
وهو الذي ياتي على ما في كتاب العتق الثاني في الاب يشتري من يعتق على ابنه
الصغير والرابع انه لا يعتق على واحد منهما وهو قول ابن القاسم في اصل
سماعه والخامس انه يضمن الثمن ويكون له العبد وهو قول مالك في روايه
ابن ابي اويس عنه والسادس ان رب المال بالخيار ان احب ان ياخذه فيعتق
عليه ويكون للعامل فضله ان كان فيه فضل وان احب ان يضمن العامل
لتعديه كان ذلك له قال واذا اشتراهم وهو لا يعلم قولان احدهما ما
ذكره المولف والثاني قول ابن القاسم في اصل سماعه انهم لا يعتقون على
واحد منهما وقوله ولو اشترى من يعتق عليه وهو عالم فقال ابن
القاسم ان كان في المال فضل وهو موسر عتق عليه بالاكثر من ثمنه
او قيمته وان كان غير عالم فبقيمته وقال المغيره بقيمته فيهما فان

كان

كان معسرا بيع بما وجب له وعتق الباقي فان لم يكن فضل لم يعتق شي
وقيل يعتق في اليسار ۝ ظاهر كلامه ان هذا الفصل مقسم على
مسلتين انتهت الاولى منهما الى قوله وقال المغيره بقيمته فيهما وان
ما بعد ذلك مسله ثانيه ويكون قوله وان لم يكن فيه فضل لم يعتق شي
من كلام ابن القاسم لا من كلام المغيره ولا شك ان الضمير المجرور
باللام من قوله بما وجب له راجع الى رب المال والقول الاخير الذي
فرق فيه بين اليسار والعسر في كتاب ابن المواز وقد اختلفت الفاظ
المختصرين للمدونه فان اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم
موسر ولا ربح فيه فانه يعتق عليه ويودي الى رب المال الاكثر من
قيمته يوم الحكم او من الثمن الذي اشتراه به وقال المغيره لا يعتق
عليه شي اذا لم يكن فيه فضل ويباع فيدفع ثمنه الى رب المال هكذا
حكى الشيوخ اذا لم يكن هذا الفرع وهو مما يبين به ان قول المولف
هنا فان لم يكن فيه فضل في المعسر على ظاهر المذهب فقوله لا في الموسر
ولا يناقض النقلان وقوله ولو وطي امه القراض فعليه
قيمتها يوم الوطي ان شا رب المال وان كان معسرا بيعت واتبع بالباقي
۝ يعني اذا اشترى العامل امه من مال القراض للقراض فوطيها ولم
تحمل فلا يخلوا ان يكون موسرا او معسرا فان كان موسرا خير رب
المال فان شا الزمه بقيمتها يوم الوطي وان شا ابقاها على القراض
وان كان معسرا فكذلك الا انه اذا رضي بالزامه قيمتها بيعت عليه
الجاريه في تلك القيمه وهذا الذي قلنا من تخيير رب المال في اخذ
القيمه او ابقا الامه على القراض اذا لم تحمل هو ظاهر كلام المولف
وكذلك هو في الفقه وبعضهم يقول بتخيير رب المال في اخذ القيمه او
الثمن الذي اشتراها به والزام العامل الثمن هنا بعيد لان العدا لم يكن

عليه اذا سلم له رب المال انه اشتراها للقراض او قامت على ذلك بينة وظاهر
كلام هذا القايل انه لا يكون لرب المال ردها في القراض وهو بعيد ايضا بعد
تسليم ان فرض المسله على الوجه الذي ذكرنا وقوله فان احبلها فهي
ام ولد وعليه قيمتها يوم الوطي وقيل يوم الحمل وقيل الاكثر منهما وقيل
ومن الثمن ه يعني فان وطي العامل امة القراض وهو موسر فحملت منه
فاختلف المذهب فى الذي يلزمه عوضا عنها بعد اتفاق ظاهر الروايات
على انها تكون له ام ولد فقيل قيمتها يوم الوطي وقيل قيمتها يوم الحمل
وقيل اكثر القيمتين وقيل الاكثر منهما ومن الثمن الذي اشتريت
به وقال ابن حبيب يلزمه الاكثر من ثمنها او من قيمتها يوم الوطي
والاصل هو القول الاول لتعدي العامل وان القيمة معتبرة بيوم التعدي
وقوله فان كان معسرا فله ذلك ان شاء في ذمته والا فمن المال ان
كان فيه فضل والا بيعت كلها واتبع بما بقي ه يعني فان كانت المسله
بحالها الا ان الواطي معسر فالحكم يعطى رب المال قيمة الامة او
الاكثر على الخلاف المتقدم من ذمة العامل ان كان له مال في القراض
او في غيره فان لم يكن له مال فلرب المال بيعها في الثمن او القيمة فان
بقي له من الثمن او القيمة بقية عن ما بيعت به الامة الان اتبع العامل
بتلك البقية وعن مالك وابن القاسم انه يتبع بالثمن دينا قال سحنون
وهذا لا يعتدل وارى ان تباع عليه الا ان يكون فيها فضل فيباع
منها بالقيمة ويكون الباقي بحساب ام الولد هكذا حكى بعض الشيوخ
قول سحنون هذا وحكاه ابن يونس وهو اصح والله اعلم انه يباع منها
بقدر راس المال وحصة ربه من الربح وما بقي بحساب ام ولد وقول
سحنون هذا على الصفة الاخيرة هو الذي تسكن اليه النفس وقوله
وفي اتباعه بنصيبه من قيمة الولد قولان ه يعني وحيث كان العامل

معسرا

معسرا في هذه المسله وبقيت من قيمة الامة بقية في ذمته لرب المال
فهل يلزم العامل من قيمة الولد نسبة تلك البقية من جميع القيمة في ذلك
قولان احدهما ان ذلك يلزمه وهو قول عيسى واصل ابن القاسم والثاني
ان ذلك لا يلزمه وهو اصل اشهب على ما حكاه بعض الشيوخ وهذا الفرع
شديد الشبه بمسله الامة بين الشريكين يطاها احدهما فتحمل
منه وهو معسر الا انه اطلق المولف هذين القولين وظاهر كلامه
انه لا فرق في التفريع بين ان تعتبر القيمة يوم الحمل او يوم الوطي
وقال بعضهم انا اذا اعتبرناها يوم الوطي لم يكن لرب المال في قيمة
الولد شي ولعل هذين القولين يجريان على الخلاف في زمان القيمة ما هو
هل يوم الوطي او يوم الحمل وقوله فان احبل من اشتراها للوطي لا
للقراض وهو معسر فقال ابن القاسم يتبع بالثمن وعنه بالقيمة وقال
مالك تباع كامة القراض وقال الباجي لو قامت بينة لم تبع وفاقا ه يعني
ان الحكم الذي قدمه مقصور على امة وطيها العامل واحبلها
من اماء القراض واما لو كان شراوه اولا انما هو للوطي لا للقراض فوطيها
واحبلها فلا يخلو ان يكون مليا او معدما فان كان معدما فقال
مالك هي كامة القراض يكون حكمها معلوما بما تقدم لان العامل لما كان ماذونا
له في تحريك المال فليس له استبداد بهذه الامة وقال ابن القاسم انما
تعدى هذا على مال فلا يكون عليه غيره لكن اختلف قوله هل الواجب
عليه ثمنها او قيمتها والاقرب كان بعد تسليم صحة مخالفته لمالك هنا
هو القول بلزوم الثمن لا القيمة ولابن حبيب المساواة بين هذه المسله
والتي قبلها كما هو قريب من قول مالك وهو كان الاظهر لما اشار اليه قال
ابن رشد ان هذا طريق بعض اهل النظر قال والذي اقول به ان هذا
الاختلاف انما هو اذا اشتراها ولم يعلم هل اشتراها للقراض او لنفسه

اشترنا

متسلفا ثمنها فحمله مالك على انه اشتراها للقراض ولم يصدقه انه
اشتراها لنفسه ولذلك قال تباع في القيمه في عدمه وحمله ابن القاسم على
اشتراها لنفسه ولم يصدقه على انه اشتراها للقراض على ما في سماع
ابي زيد فقال لا تباع ويتبع بقيمتها قال يريد ان كانت القيمه اكثر من
الثمن واما ان علم انه اشتراها للقراض ببينه تقوم على ذلك فانها لا
تباع فيما لزمه من قيمتها قولا واحدا وان علم انه اشتراها لنفسه فلا تباع
ويتبع بالثمن قولا واحدا ودل كلام المولف بالالتزام على ان العامل لو
كان مليا لكان الحكم على خلاف هذا وهو ظاهر فانها لا تباع حينيذ وكذلك
ينبغي اذا لم يحبلها ان يكون الحكم مخالفا لما اذا احبلها وانه لا يكون
لربها تعلق بعينها والله اعلم لكن نص ابن حبيب ان ربها يكون مخيرا
قبل الحمل وبعده لما قدمناه ان مذهبه التسويه بين ان يشتريها للقراض
او للوطي ورواية ابي زيد التي اشار اليها ابن رشد والله اعلم هي ما
ذكره ابن عبد البر ان ابا زيد روى عن ابن القاسم ان لم يظهر ذلك بعد
الحمل الا باقرار الواطي لم يقبل قوله لانه يريد بيع ام ولده واما ما نسبه
المولف للباجي هنا فليس بصحيح للباجي وانما هو مقتضب من كلام ابن رشد
الذي قدمناه عنه ذكره ابن شاس عن ابن رشد لا عن الباجي لكن ابن
شاس اذا ذكر الباجي في غالب الحال يقول قال القاضي ابو الوليد واذا ذكر ابن
رشد يقول قال الشيخ ابو الوليد وكذا ذكرها في هذا الفصل فلم يفرق
المولف بينهما وظن انهما شخص واحد وان ذلك الشخص هو الباجي فتامل
الكلام من محلهما من الجواهر تجد ذلك بينا كما هما في المنتقى والمقدمات
على ان ابن شاس لو عكس ما وصف به كل واحد من هذين الشخصين لكان اوجب
لان ابن رشد ولي قضا الجماعه بقرطبه شبيها بالمكره ولم يعد ان ترك سعى
في العزل حتى عزل والباجي رحمه الله انما كان واليا قضا او ربوله ولبس لها

قدر

قدر قرطبه موضع ولايه ابن رشد غير ان بعض الناس حكى ان الباجي
ولي قضا حلب في رحلته وكلا الشخصين بلغ من العلم الدرجه
العظيمه نفعهما الله بذلك وسلك بنا سبيل الايمه بمنه **وقوله**
وان عتق وهو ملي مضى وغرم ثمنه وحصه ربح المال وان كان معسرا بيع
بقدره وعتق الباقي **٭** يعني ان العامل اذا اعتق بعض عبيد القراض فاما
ان يكون مليا او معدما فان كان مليا مضى عتقه ويغرم لرب المال راس
ماله ان كان العبد هو جميع المال وحصه ربح رب المال من الربح ولعل
مراد المولف بثمن العبد هنا هو راس المال ان كان اشترى به وان كان معدما
بيع من العبد بمقدار ما وجب على الملي وعتق باقيه ان بقي منه شي قال ابن
رشد في المعسر هذا ان كان اشتراه بجميع مال القراض واما ان اشتراه
من عرض مال القراض فعند ابن القاسم انه يعتق عليه ويجبر القراض
من ماله بقيمته يوم العتق ان كان اشتراه للقراض او بالثمن الذي اشتراه به
ان كان اشتراه للعتق خلافا للمغيره ولغير ابن القاسم قال في المدونه
ولو اعتق رب المال عبدا من عبيد القراض جاز وضمن للعامل ربحه ان كان
فيه ربح زاد ابو زيد وان كان عديما اتبع بذلك قال اللخمي ولا يعجبني ذلك
يعني بل يباع منه بقدر ربح العامل ويعتق ما بقي قال ابن القاسم في العتبيه
وكتاب محمد اذا كاتب العامل عبدا من القراض فودى فلرب المال رده
حتى يعتق باذنه وما قبض منه كالغله فلو ودى عنه اجنبي صح قاله
ابن ميسر فينفذ عتقه ان لم تكن فيه محاباه قال ابن القاسم وان اجاز
رب المال عقد الكتابه فلا شي للعامل من ولايه الا ان يكون فيه فضل فيكون
له قدر حصته منه **وقوله** ولو قارض معديا فلا شي له وللثاني ما شرط
فان كان اكثر من جزيه غرمه وفي تعيين متبعه من المقارض الثاني او
رب المال قولان لابن القاسم واشهب **٭** قد تقدم ان العامل لا يقارض غيره

الا باذن رب المال فان فعل ذلك متعديا ولم يكن في المال خساره ولا ضياع
بل رده العامل الثاني على ربح فيه فلا يخلو اما ان يتساوى الجزء الذي
اخذه العامل الاول مع الجزء الذي دفعه عليه الى العامل الثاني اولا
فان كان الجزءان متساويين فلا اشكال كما لو اخذه على النصف ودفعه
على النصف ورده العامل الثاني بربح ولظهور حكم هذا القسم سكت
المولف عنه وان كان الجزءان مختلفين فاما ان يكون حظ العامل الاول اكثر
من حظ العامل الثاني او يكون دونه فان كان اكثر كما لو اخذ المال على
ان الثلثين من الربح له والثلث الباقي لرب المال ودفعه على النصف فان نصف
الربح يكون للعامل الثاني ولا شي للعامل الاول في سدس الربح ويكون
النصف الباقي من الربح لرب المال قاله المولف وغيره من الشيوخ قيل لانه لم
يعمل في المال وانما يكون له حظ في الربح اذا عمل قلت ولا يبعد جريان
الخلاف فيه الا ترى ان العامل الاول كان ضامنا للمال لو تلف بيد العامل
الثاني فينبغي ان يوفى له بشرطه في الربح لضمانه وانما خالف القراض الوديعه
اذا تعدى فيهما من وجوه اخر غير هذا الوجه وان كان حظ العامل
الاول في الربح اقل من حظ العامل الثاني فلا شك ان العامل الاول
يغرم سدس الربح واختلف لمن يغرمه هل للعامل الثاني ويكون رب
المال احق بجميع نصف الربح الموجود الان او يغرمه لرب المال ويكون
العامل احق بنصف الربح والاول مذهب ابن القاسم والثاني مذهب اشهب
وهذا هو مراد المولف بقوله وفي تعيين متبعه الى اخره فرأى ابن القاسم ان
حق رب المال في الربح كحقه في الولاده بدليل ان زكاه الربح على
ملكه على مذهب الجمهور ورأى اشهب ان رب المال لا تعلق له مع العامل
الثاني وقصاراه ان يكون كمتعد او مودع لم ياذن له رب المال في تحريك
المال وذلك يوجب استبداده بنصيبه من الربح وشذ بعضهم خارج

المذهب فقال لا يكون للعامل الثاني من الربح وانما له اجاره المثل وقوله
وذلك لو خسر خسرانا متقدما او كان متعدد يعني ومثل ما مضى لو كان
العامل خسر في المال ثم دفعه لعامل ثان وهذا معنى قوله لو خسر خسرانا
متقدما او كان اكل من المال شيا ثم دفعه للثاني وهذا معنى قوله او
يتعدد وبين ذلك كله في المدونه قال فيها ولو كان راس المال ثمانين دينارا
فخسر الاول اربعين ثم دفع الاربعين الى الثاني على النصف فصادفت
مايه دينار ولم يكن الثاني علم بذلك فرب المال احق باخذ ثمانين راس
ماله ونصف ما بقي وهو عشره ثم ياخذ الثاني عشره ويرجع على الاول
بعشرين دينارا وهي تمام نصف ربحه على الاربعين وقال اشهب لا يحسب
رب المال على الثاني الا اربعين راس المال فياخذها ثم ياخذ نصف الربح وهو
ثلاثون فان كان الاول اتلف اربعين تعديا رجع عليه رب المال بتمام عشره
ومايه الى ما اخذ وان هلكت بامر من الله تعالى رجع عليه بتمام تسعين
وذلك عشرون دينارا عشره بقيه راس ماله وعشره حصته من الربح ولا
ياخذ ذلك من الثاني فيظلمه عمله وانما رجعناه على الاول لانه ضامن بتعديه
وقوله ولو جنى العامل او رب المال على المال جنايه او اخذ شيا كان
عليهما كالاجنبي والباقي على القراض حتى يتفاصلا يريد ان ما جناه العامل او
رب المال او اخذاه هما او احدهما اختيارا منهما وفي المال ربح لا يعد ربحا
وما بقي بيد العامل راس مال بل وضاع ما بقي بيد العامل فانه يحسب ما اخذاه
او اخذه احدهما من راس المال ان احتيج الى ذلك لان المفاصله في الربح انما تكون
بعد قبض رب المال راس ماله واذا كان ذلك كان احدهما لما اخذه من المال
كالاخذ الاجنبي له اذ يجب رده الى المال كما يجب ذلك من يد الاجنبي وهذا
هو وجه التشبيه الذي ذكره المولف ولهذه المسله مثل كثيره في المدونه
وغيرها قال مالك فيها وليس ما استهلك العامل من المال مثل ما ذهب او خسر

لان ما استهلك فقد ضمنه ولا حصه لذلك من الربح الا انه تمام راس المال
قال وان تسلف العامل نصف المال واكله فالنصف الباقي راس المال وربحه
على ما شرطا وعلى العامل غرم النصف فقط ولا ربح لذلك النصف وان اخذ
مايه قراضا فربح فيها مايه ثم اكل منها مايه ثم تجر في المايه الباقيه فربح
مايه فمايه في ضمانه وما بقي في يده مع ما ربح بعد ذلك فهو بينهما على ما
شرطا ولو ضاع ذلك فلم يبق الا المايه التي في ذمته ضمنها لرب المال ولا
يعد ربح الا بعد كمال راس المال ثم اختلف الشيوخ اذا عرض في هذه المسله
فلس للعامل كيف الحكم في ذلك فقال بعض الشيوخ اذا فلس العامل وقد
كان اخذ مايه فاكل منها خمسين قبل ان يتجر ثم تجر في الخمسين الباقيه فصارت
مايه ثم فلس فيكون على مذهب ابن القاسم احق بالمايه من الغرما وتبقى
عنده خمسون يحاصص فيها الغرما لان الربح اولى ان يجبر به راس المال
من ان يكون للعامل حالو ضاع من المال خمسون فتجر في الخمسين الباقيه فصارت
مايه ان رب المال اولى بها واحتج على ذلك بقول ابن القاسم في المسله التي
خالف فيها اشهب فوق هذا وذلك ان ابن القاسم قدم فيها رب المال على
العامل الثاني الذي هو احق من الغرما لكونه نمى المال فلان يقدم في هذه
المسله رب المال على الغرما اولى وقال غيره من الشيوخ بل ياخذ من المايه
التي بيده خمسون راس ماله وخمسه وعشرين حصته من الربح ويحاصص
في الخمسه والعشرين بقيه الربح بالخمسين التي عليه وذلك خلاف
ضياع الخمسين لان رب المال لا مرجع له على الذي ضاعت له الخمسون وله
على الذي اكلها الرجوع بها قال وكذلك العامل الثاني في المسله التي فوق
هذه له الرجوع على العامل الاول فلذلك كان رب المال اولى ان يجبر راس ماله
منه وعلى هذين القولين يسلك في المسله التي ذكرناها الان عن المدونه
فيجب ان ياخذ رب المال على القول الاول من يد العامل مايه تكون احويها

لانها

لانها راس ماله وياخذ خمسين من المايه الثانيه حصته من الربح ويضرب
بخمسين حصته من الربح من المايه التي اكل لانها صارت دينا فيضرب بها في
الخمسين الباقيه من الربح مع غرما العامل وعلى القول الثاني يجب ان يكون
ما اكل نصفه من راس المال ونصفه من الربح الباقي من راس المال خمسون
واخرها وياخذ نصف ما بقي وهو خمسه وسبعون حصته من الربح ويضرب
في الخمسه والسبعين الباقيه ببقيه راس المال الذي اكل العامل وبنصف
الخمسين الباقيه مما اكل لانها حصته من الربح الماكول فيضرب في هذه الخمسه
والسبعين الباقيه بهذه الخمسه والسبعين المستحقه قبل العامل بما اكله
ولنكتف بما ذكرناه من مثل هذه المسله ففيه غنيه عما تركناه وقوله
ولكل منهما فسخه قبل العمل • يعني ان لكل واحد من رب المال والعامل الانحلال
عن عقد القراض قبل شغل المال في السلع وقولنا الانحلال او الفسخ فيه
تجوز بحسب الحقيقه العرفيه فان عقد القراض قبل شغل المال منحل بنفسه
وانما يستعملون لفظ الفسخ وشبهه في العقود التي هي لازمه اما شرعا
كالعقود الصحيحه في البيع والاجاره وشبههما واما بما دخل المتعاقدان
على لزومه في ظنهما ولو كان فاسدا من العقود المذكوره واما ما هو منحل
كبيع الخيار فقلما يطلقون الفسخ عليهما والله اعلم وقد تقدم ما اشار
اليه بعض الشيوخ من الاتفاق على هذا الحكم في القراض وقوله ويلزم
بعده حتى ينض وبعد الظعن اما لزومه بعد العمل فلا اعلم فيه خلافا
في المذهب واللزوم فيه من الجانبين وليس مقصود المولف بيان هذا اللزوم
فانه مدلول عليه بحسب مفهوم الزمان حيث قال الان ولكل منهما فسخه قبل
العمل لان عادته الاكتفا بمثل هذا المفهوم وباضعف دلاله منه وانما مراده
بيان غايه اللزوم بقوله حتى ينض اذ لولا هذا البيان لاحتمل ان يقال حتى يشغل
المال مره او مرتين او غير ذلك او الرجوع الى العاده في بعض السلع فبين ان

ان غاية اللزوم نضوض المال اول مره الا ان يتراضيا على غير ذلك ثم بين
ان الظعن بالمال يتنزل منزلة شرا السلع بالمال والشرا ببعضه لان فيه من
الكلفة على العامل مثل كلفة الشرا بالبعض فاذا ظعن بالمال من طلب
منهما التمادي حتى ينض اول مره كان ذلك له وقوله ومثل الزاد
والسفرة لا يمنع • ظاهر كلامه ان عدم المنع هنا من الجانبين وانه اذا
اشترى العامل من المال السفرة والزاد وبدا للمسافر بالمال ثم طلب هو
او رب المال الانحلال من القراض كان ذلك له والذي ذكره ابن المواز ان رب
المال اذا طلب الانحلال حينيذ ما لزمه ولم يقل ان العامل اذا اراد
الانحلال حينيذ من القراض ما لزمه فان قلت الاصل هو المساواة بينهما
في الحكم وانه اذا كان لاحدهما الانحلال كان للاخر ذلك قلت الفرق هنا ظاهر
لان الضرر في هذه المسالة مقصور على رب المال فاذا رضي برد السفرة والزاد
لم يكن للعامل عليه مقال اذ لا ضرر عليه واذا طلب ذلك العامل وامتنع منه
كان لرب المال الامتناع لما يلحقه من ذهاب بعض راس المال المصروف في
الزاد والسفرة وقوله واذا استنض بعد العمل نظر الحاكم واخره ان
كان نظرا والا فلا • فاعل استنض ضمير يرجع الى رب المال اي طلب نضوض
المال وهو في سلع وخالفه العامل وطلب تاخير تلك السلع وذلك انه
تقدم لان عقد القراض اذا لزمهما فغاية ذلك اللزوم هي نضوض المال
فاذا اراد احدهما بيع السلع وطلب الاخر الصبر لرجا سوق فيها فان
الحاكم ينظر في ذلك فيامر ببيعها ان كان زمن بيع لها او يوخر بيعها
ان راي ذلك قال في المدونه قال فيها ايضا واذا اشترى العامل بجميع المال
سلعا يرجوا بها الاسواق فقال رب المال انا اخذ بقيمة راس مالي سلعا
واقاسمك باقيها على ما شرطنا وابا العامل فذلك للعامل لانه يرجوا
الزياده فيما ياخذه رب المال اذا جات اسواقها وقوله فلو مات العامل

فللورثه

فللورثه الاتمام بخلاف المستاجر المعين • يعني فلو مات العامل بعد
لزوم القراض كان للورثه اتمام العامل العمل الى نضوض المال بشرطين
وقال الشافعي ليس لوارثه ان يعمل ونحوه لابي حنيفه والشرطان
عند مالك احدهما ان يكونوا امنا او ياتوا بامين والثاني ان يقووا على
العمل او ياتوا بمن هو كذلك فان قلت لم كان لهم هذا والعمل كان في القراض
متعينا في ذلك العامل بدليل ما قدمتم انه ليس له ان يقارض غيره
فيه ولا يبضع الا باذن رب المال وعلى هذا التقدير فالعامل كالاجير
المتعين قلت سبب مفارقته لحكم الاجير المعين هنا هو ان القراض يشبه
الجعل فلا يستحق العامل العوض فيه الا بعد تمام العمل وهو النضوض
وايضا فان بذلك يتبين منفعة العمل فيه وثمرته والاجير المعين
اذا مات قبل تمام العمل امكن ان يعطي ورثته قدر ما عمله الميت من
اجرة العمل لان العمل قد ظهرت له فايدة فوجب للورثه حسابها من الاجره
والقراض لا يمكن ان يكون حينيذ للورثه فيه حظ من الربح لشبهه
الجعل ولا يمكن ابطال عملهم لما في ذلك من الاضرار بهم فوجب ان يرتكب
في ذلك اخف الضررين وهو تمكينهم من العمل على الشرطين المذكورين
والى هذا المعنى اشار المولف بقوله بخلاف المستاجر المعين فان قلت
فهل في كلام المولف ما يدل على اعتبار الشرطين المتقدمين فانه لا بد
من اعتبارهما قلت نعم اما الشرط الثاني فقد دل عليه قوله وللورثه
الاتمام اذ معناه اتمام العمل والا مكنهم ذلك اذا كانوا اقويا عليه او اتوا
بمن هو كذلك واما الشرط الثاني فهو من مقابل هذا الكلام وهو قوله فان لم
يومنوا اتوا بامين والا سلموا ولا ربح لهم الربح فهذا الكلام نص فيما
ذكرناه من اعتبار الشرط الاول غير انه مشكل في الفقه من جهة اخرى وذلك
ان المذهب المنصوص في المدونه وغيرها ان الورثه اذا سلموا مال القراض

لتعدد واحد الشرطين منهم سقط حقهم في المال مطلقا وكان ينبغي على
قاعدة الجعل على حفر البير او حمل الخشبة وغير ذلك ان رب المال اذا باع
السلع اعطاهم من ربحها بقدر ما انتفع به من عمل الميت الا ترى ان حافر
البير اذا حفر نصفها ثم تركها اختيارا فاستخرج بها من اتم حفرها
فانه يعطي للاول بحساب ما عمل ثم هل ينظر الى ذلك يوم عمله او يوم الترك
على تمامه في ذلك خلاف معلوم واذا كان ترك العمل اختيارا لا يسقط حقه
فلان لا يسقط حق الورثة الذين لم يتركوا العمل اختيارا اولى ولما قوي
هذا الاشكال عند بعض الشيوخ خرج منه خلافا في المسالة فتامله وقوله
وولي الوارث هلك ٥ يريد ان حق المحجور من ذلك باق والورثة في ربح مال
القراض لحق الرشيد فينظر له الوصي بالمصلحة في ذلك فان وجد من يستاجر
له على النظر في مال القراض باجرة تكون اقل من نصيبه في الربح فعل والا
اسلم مال القراض قال ابن القاسم في العتبية في رجلين اخذا قراضا
معا صفقة واحدة فمات احدهما واشترى الاخر بجميع المال كان صاحب
المال بالخيار ان شاء كان على قراضه وان شاء ضمنه لانه لم يكن له ان يشتري
الا باذن صاحب المال حين مات شريكه في العمل وان كان اشترى قبل ان
يموت ببعض المال كان ورثة الميت شركا فيما اشترى قبل موته ويقومون
فيه مقامه وما اشتري بعد موت صاحبه كان رب المال فيه بالخيار على
ما تقدم وقوله ولو مات رب المال وهو عين فالاولى الا يحركه فان حركه
فعلى قراضه ٥ يريد فلو كان الميت انما هو رب المال فاما ان يكون المال حينئذ
عينا على حاله عليه او يكون قد شغله وحكم القسم الثاني ظاهر وهو
التمادي على العمل ولذلك لم يصرح المولف ببيانه وان مات رب المال قبل
شغل المال فقال المولف الاولى الا يحركه يعني حتى يشاورهم فان حركه ولم
يشاورهم كان على قراضه كما لو مات رب المال بعد العمل هكذا قال المولف

وهو

وهو يخالف لظاهر المدونة قال مالك فيها واذا علم العامل بموت رب المال
والمال بيده عين بزيد وهو في البلد لم يبطحن ولا يعمل به وان لم يعلم
بموته حتى ابتاع به سلعا مضى ذلك على القراض فانظر قوله فلا يعمل
وظاهره المنع مطلقا لا على سبيل الاولى وهكذا نص عليه بعض
الشيوخ ويقويه شرطه في مضي عمله عدم علمه وكانه يشير الى تشبيهه
بالوكيل على الشرا او البيع يموت الموكل قبل عمله في التفرقة بين علمه وعدم
علمه وعلى هذا المعنى جرى ذلك الشيخ وقطع بان العامل ان عمل بالمال
بعد موت ربه عالما به فخسر فانه يضمن وهذا خلاف لما قاله المولف
وقوله ومن هلك وقبله قراض او وديعة ولو لم توجد ففي ماله ويحاص
غرماءه ٥ هكذا قال في المدونة في غير موضع واختلف المذهب في عمارة ذمة
المودع بذلك ويتخرج هذا الخلاف في القراض بل عدم ضمان العامل اولى
عند بعض الشيوخ لانه ماذون له في التصرف فيحتمل الخسارة وقد تقدم
هذا الكلام على هذا المعنى في كتاب الوديعة والذي نقوله هنا وهو الذي
يميل اليه غير واحد من الشيوخ انه لا ينبغي ان تعمر ذمة العامل ولا
المودع بالشك فان المال يحتمل الضياع بغير سبب ممن هو بيده ويحتمل
الخسارة فيه اذا كان قراضا الا ان تقوم قراين تدل على خلاف ذلك فيعطى
حكمها وقوله ويتعين بوصيه ويتقدم في الصحة والمرض ٥ يعني
ان العامل اذا اقر ولم يعين ما اقر به من قراض او وديعة بل قال لفلان
عندي مائة دينار قراضا او وديعة فذلك هو الذي يحاص له الغرما
كما هو الحكم في المسالة السابقة واما من اشار الى ما بيده بعينه فقال
هذا قراض فلان او وديعته فانه مقدم على الغرما في الفلس وهو معنى
قول المولف ويتقدم في الصحة وهو ايضا مقدم عليهم في المرض وقال
ابن حبيب ان المقر في الفلس اذا لم يعين الوديعة ولا القراض فلا يحاصص

بذلك الغرما لا يصدق في الدين قال وذلك فسره اصبغ وفيه اختلاف
وهذا احسن ومثله ايضا في العتبية وفي كتاب محمد والاصل صحة اقرار
غير المحجور عليه الا ان يظهر موجب التهمة فيرد وقوله والعامل
امين فالقول قوله في ضياعه وخسارته واستحلافه على ايمان التهمة قال
بعض الشيوخ لا خلاف في ان العامل امين قلت وهو كلام صحيح لان شرط
الضمان على العامل يوجب فساد القراض على المذهب ويسقط الشرط
ويصح القراض عند غيرنا وذلك كله دليل على ان العامل امين فان ادعى ضياع
المال بسرقة وشبهها قبل قوله لان رب المال قد رضي امانته برفع المال
اليه كان هو امينا في نفسه او لم يكن واما الخسارة فجمعها المولف مع دعوى
الضياع في الحكم وقد قال بعضهم ان لم يبين العامل وجهها فهو ضامن
ودليل وجود الخسارة وانتفايها اظهر من دليل الضياع فلذلك اكثر
الشيوخ من التعرض الى القراين في فصل دعوى الخسارة واما استحلاف
العامل اذا ادعى الضياع او الخسارة فان حقق عليه رب المال نفي ما قاله
ولم تقم امارة تدل على صدقه ولا كذبه احلف العامل وان لم يحقق ذلك
عليه جرى الامر فيه على توجه ايمان التهم وهكذا قال المولف وقال بعض
الشيوخ يحلف المتهم اذا ادعى الضياع ولا يحلف غير المتهم واما دعوى الخسارة
فلا يحلف فيها المتهم ولا غير المتهم الا ان تشهد بينة من اهل الستر
ولم يبلغوا العدالة على خلاف قوله فيحلف وهذا الوجه الذي استثناه هو
احد اسباب التهمة الا انه راى الاكتفا في دعوى الضياع بكون العامل من
اهل التهم فيحلف ولا يكفي ذلك في دعوى الخسارة حتى يقوم دليل خاص على
حاله وذلك قوله وقوله والقول قوله في رده ان كان بغير بينة وقيل مطلقا
ويحلف اتفاقا يعني ان العامل اذا ادعى رد المال الى ربه وانكر ذلك ربه
فلا يخلو اما ان يقبضه بغير بينة او ببينة والاول يكون فيه القول

قول

قول العامل والثاني فيه قولان احدهما انه لا يقبل قول العامل الا ببينة
وهو المشهور والثاني انه يقبل قوله ولا يحلف لبينة هكذا حكاه المولف
وابن شاس نصا ولا يبعد صحته عن اصول المذهب وانما خرجه اللخمي
من بعض مسايل المذهب ولم يتعرض غيره لنقله وحيث كان القول
قول العامل في الرد فلا بد من حلفه مع ذلك لان رب المال حقق عليه
الدعوى وتنقلب هذه اليمين على رب المال ان نكل العامل عنها وقال
في المدونة ان قال العامل رددت اليك راس مالك والذي بيدي ربح وقال
ربه لم تدفع الي شيا صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة
وراى اللخمي انه لا فرق بين هذه المسالة ولا بين التي قبلها اذ لا فرق بين دعوى
رد الكل ولا دعوى رد البعض وقال الشيخ ابو الحسن ابن القابسي معنى ما في
المدونة اذا قال ما في يدي هو الربح بيني وبينك لانه اقر ان حق رب المال
فابر بيده بعد واما لو قال رددت اليك المال وحصتك من الربح وما في
يدي هو حصتي من الربح لكان القول قول العامل اذا قبضه بغير بينة ولا
اثر عند اللخمي لهذه التفرقة واختلف اذا انكر العامل القراض جملة فاقام
ربه عليه بينة بدفعه اليه فقال رددته او ضاع مني فقال مالك مرة
يقبل قوله فيهما وقال مرة لا يقبل فيهما وقال ابن القاسم يقبل قوله في
الضياع ولا يقبل قوله في الرد فان اقام بينة على ضياعه او رده بعد
انكاره فالمشهور انه تنفعه البينة وقال محمد انه لا ينتفع بها هذا حكم
ما اذا انكر ما لا يتعلق بالذمة من قراض او وديعة واما ان انكر ما
يتعلق بالذمة وشبه ذلك من دين او ما ينتهي الى الحد ثم رجع عن انكاره
لامر ادعاه او اقام عليه بينة فاختلف فيه على اربعة اقوال احدها
انه ينفعه ذلك في كل شي وهو قول ابن نافع والثاني مقابله قاله غير ابن
القاسم في الحدود التي تدرا بالشبهات واجرى في غيرها والثالث قول ابن

القاسم وابن دانه لا ينتفع بذلك الا في الربع والحدود والرابع لابن المواز
لا ينتفع بذلك الا في الحدود. والقول قوله في جزء الربح ان اتى بما يشبه
والمال بيده او وديعه ولو عند ربه ه يعني اذا اختلف رب المال والعامل
في كيفيه ما عقدا عليه القراض من اجزاء الربح فقال رب المال مثلا كان على
النصف وقال العامل على ان الثلثين لي والثلث لك فالقول قول العامل
بشرطين احدهما ان ياتي بما يشبه فظاهره سوا ادعى رب المال ما يشبه او
لا والثاني ان يكون المال بيد العامل او بيد من هو كالنايب عنه او عنهما
وهو المودع ثم ذلك المودع لا يضر العامل في دعواه ان يكون زهو رب
المال او غيره وذلك ان العامل ان ادعى ما يشبه على الشرط الذي ذكره
المولف فقوله راجح على قول رب المال اما ان لم يدع رب المال ما يشبه فظاهر
لرجحان دعوى العامل بشهاده الاشبه له وبالحيازه وان ادعيا معا الاشبه
ترجح دعوى العامل بالحيازه وحدها فان قلت فاذا عدم الشرط الاول
وهو ان لا يدعي العامل الاشبه ويدعيه رب المال او لا يدعيه واحد منهما
فما الحكم قلت القول في الاولى قول رب المال لرجحانه على قول العامل والحكم
في الثانيه عندهم ان يتحالفا ويردا الى قراض المثل وهذا كله اذا كان اختلافهما
بعد العمل واما ان كان قبل العمل فالقول قول رب المال لان عقد القراض منحل
ولا خفا ان الواو من قول المولف والمال بيده واو الحال وبها يتم الشرطان
المتقدمان ولو من قوله ولو عند ربه هي التي بمعنى ان ومعناها في هذا الموضع
في غايه التمكين اي لا يضر العامل خروج المال من يده على وجه الوديعه
ولو كان عند ربه ورجع الى يده وقوله ولو قال العامل قراض وقال
رب المال بضاعه او باجر او بالعكس فالقول قول العامل ه هذا يقع
في بعض النسخ ووقع في اكثر ما رايته من النسخ بحذف او فيما بين
بضاعه واجر ووقع ايضا ولو قال العامل قراض وقال رب المال

بضاعه

بضاعه فالقول قوله وبالعكس فالقول قول العامل وهذا الاخير اقرب الى ما
في المدونه على انه في المدونه انما تكلم على القسم الاول من المساله وذلك
انه قال فيها وان قال العامل قراض وقال ربه بل ابضعتكه لتعمل به فالقول
قول رب المال مع يمينه وعليه للعامل اجر مثله قال سحنون الا ان يكون ما ادعى
العامل من الربح اقل من اجر مثله فليأخذ الاقل وان نكل رب المال صدق
العامل مع يمينه اذا كان يستعمل مثله في القراض ولا شك في بعد ما نقلناه
اولا وثانيا من كلام المولف ومنافاته لهذا الكلام الذي اتينا به ثالثا ولا
شك ايضا في قربه من المدونه فعليه يعتمد وان كان قد ياتي من كلام
بعضهم ما يوافق كلام المولف ثانيا غير ان الاكثرين حملوا على المدونه ان
مراد رب المال بقوله بضاعه اي بغير اجر وكل واحد منهما مدع على صاحبه
رب المال يدعي على العامل انه عمل له باطلا والعامل يدعي انه عمل له بنصف
الربح مثلا قالوا فيحلف كل واحد منهما فان حلفا او نكلا كان له اجر مثله الا
ان يكون ذلك اكثر من نصف الربح وان حلف احدهما ونكل الاخر كان
القول قول الحالف منهما وهذا الكلام صحيح في الفقه او قريب من الصحه
الا انه بعيد من لفظ المدونه جدا وسلموا بعده عن لفظ المدونه
واشار بعضهم الى تاويل المدونه على ان العامل لا يستعمل مثله في القراض فلذلك
قبل قول رب المال ولو كان يستعمل مثله فيه وكانت الاجاره اقل من الربح الذي
ادعاه فقال في المدونه ابن القاسم القول قول صاحب المال مع يمينه وقال
محمد يحلفان جميعا ويعطى العامل اجاره مثله واما ان قال رب المال هو
بضاعه باجر فان كانت الاجاره مساويه للربح الذي ادعاه العامل فلا
معنى لنزاعهما وان كانت الاجاره اقل وهي التي ادعاها رب المال فقال غير
واحد من القول قول العامل وهذا موافق لما ذكره المولف في كلامه ثانيا
قالوا وذلك انه يصير الامر الى اختلاف رب المال والعامل في مقدار جزء

الربح والحكم في هذا الوجه ترجيح قول العامل اذا اشبه ما قاله سوا اشبه
قول رب المال او لم يشبه هذا حكم صدر المسله واما حكم عجزها وهو مراد
المولف بقوله فيعني اذا قال العامل بضاعه باجر وقال رب المال قراض
فقال ابن حبيب ان القول قول العامل مع يمينه لانه يقول عملت على الاجاره
في الذمه والاخر يقول عملت على الجعاله وقد ظهر مما ذكرناه ان الضمير المضاف
اليه من قول المولف فالقول قوله راجع الى رب المال المقابل له اياه في العكس
بان القول قول العامل وظهر ايضا ان مراد المولف رب المال في صدر المسله
يدعي البضاعه انها باجره لا بغير اجره لانه لا يمكن تصوير العكس متنازعا
فيه الا كذلك وهو ما اذا قال العامل بضاعه وقال رب المال باجر ولا يصح ان يقول
العامل في هذا الوجه بضاعه بغير اجر وذلك جلي من كلامه بعيد من الفقه
لان تنازعهما حينيذ يصير في الكثره والقله والقول في ذلك قول العامل كما
لو قال رب المال دفعته اليك على ان لك الثلث وقال بل النصف او بالعكس واشبه ما
قالا وقد تقدم من ذلك وبقي في المسله الكلام على قول سحنون وما فيه من الاشكال
والجواب عنه وليس ذلك مما يتعلق بكلام المولف ومن اراده فلينظر كلام ابن رشد
في المقدمات وقوله فان قال رب المال وديعه ضمنه العامل بعد العمل
لا قبله ه يعني اذا تنازع دافع المال وقابضه فقال دافعه قد دفعته
لك على انه وديعه وقال قابضه قراض ولا يبالي بتنازعهما على هذا الوجه
الا اذا ضاع المال فان كان قد ضاع قبل تحريك العامل له فليست بمسله لاتفاقهما
على انه غير مضمون من العامل لوجود اشتراك القراض والوديعه في
سقوط الضمان وان كان تنازعهما بعد ان عمل به القابض وضياعه فالقول
قول دافعه لان قابضه مدع عليه انه اذن له في تحريك المال والاصل
عدم ذلك ولا يبعد تخريج خلاف في ذلك فقد اختلف اذا كان المال غايبا وتنازعا
على هذا الوجه فقال ابن القاسم ورواه ايضا عن مالك ان القول قول الدافع

وقال اشهب

قابلته

وقال اشهب ورواه ابن عبد الحكم عن ربيعه ومالك ان القول قول المدفوع اليه
المال اذ لا يوخذ احد باكثر مما اقر به واشار بعض الشيوخ الى وجود نص
خلاف في ضمانه اذا ضاع قبل التحريك وهو بعيد في الفقه والله سبحانه اعلم تفصيل
قال ابن المواز عن ابن القاسم اذا كان المال في سلعه فبيعت السلعه قال العامل
اتق الله ان علمت انه قراض وادفع اليه ربحه ولا احكم عليه بذلك ولو دفع
ذلك لم اقض على رب المال باخذه قال ابن القاسم وان قال العامل وديعه والمال
في سلعه وقال ربه قراض صدق العامل لان ربه ها هنا مدع في الربح ويقال
لرب المال اتق الله ان كان في السلعه نقصان فلا تضمنه ان علمت انه قراض فان ابى
فالحق حقه لانه حكم يتعدى ما اقر به العامل فان رجع العامل الى قول رب المال
بعد البيع لم يقبل منه وقوله وان قال العامل قراض او وديعه وقال رب
المال قرض فالقول قول رب المال خلافا لاشهب ه يعني ان دافع المال وقابضه
اذا اختلفا فقال رب المال هو قرض وقال العامل هو وديعه او قراض فاختلف
فيه على قولين احدهما ان القول قول الدافع انه قرض لاقرار القابض
بوضع اليد الذي هو سبب في الضمان وادعايه رفع ذلك بمقتضى السبب والقول
الثاني قبول قول القابض في سقوط الضمان لان وضع اليد على مال الغير يكون
تارة مع الضمان واخرى بدونه فهو اعم من الضمان فلا يستلزمه ولا يوخذ
المقر باكثر مما اقر به وتبعيض الدعوى مختلف فيه في المذهب وغيره والقولان
لمالك وظاهر كلام المولف ان اشهب يقول القول قول العامل مطلقا والذي حكاه غير
واحد ان اشهب يقول يفصل بين ضياع المال قبل تحريكه فيكون القول قول القابض
وان ضاع بعد تحريكه فالقول قول صاحبه ولو قال العامل قرض وقال ربه
قراض فالقول قول العامل لان رب المال قد ادعى عليه بعض الربح قاله في المدونه
فان كان في المال ربح فقيل يوقف لرب المال عسى ان يرجع الى قول العامل
فان لم يرجع وطال ذلك تصدق به وفي هذا الاصل تنازع وهذا هو المنصوص

هنا قال ابن القاسم اذا قال رب المال وديعة ومات وقال العامل قراض وطلب ورثته
الربح قال ياخذون ان شاءوا اذا احلفوا ان يربحه ولا يقضى عليه بدفعه
اليهم فاشار بعض الشيوخ الى انه انما يقضى عليه بالدفع اليهم لان الميت الذي
استحقوا ذلك بسببه قد مات على انه لا حق له في الربح فصار كمن وهب شيئا لحجته
واخرجه عن يده وقوله فلو قال بل غصبته لم يصدق وقيل الا ان يشبه
● يعني لو ادعى رب المال ان القابض غصبه المال وقال القابض بل هو وديعة
او قراض لكان ذلك مخالف لدعوى رب المال القراض فلا يصدق في ذلك لان الغصب
يستلزم زيادة على الغرامة وهو الادب والجرحة وغير ذلك بل يعاقب
مدعي ذلك اذا كان المدعى عليه من اهل الخير والصلاح والقول الثاني يقبل لاعتماده
على مجرد الاشبه في ذلك ولا يحتج له بقول مالك في التي تاتي متعلقة تدمي
وتدعي على رجل انه اغتصبها فان تعلقها به في تلك الحال امر زايد على مجرد
دعواها من اجل ذلك قبل قولها في الزامه الصداق وذلك مفقود في هذه الصورة
والله اعلم وقوله فان اختلفا في الصحة والفساد فكالبيع ● يعني اذا ادعى
احدهما رب المال او العامل الصحة وادعى الاخر الفساد كان القول قول مدعي
الفساد وكما في ساير العقود وانما عدل المولف عن ان يقول فالقول قول مدعيها
الى قوله فكالبيع لان ما عدل اليه اتم فايدة وهو الاستظهار على القول الثاني الذي
قدمه في اختلاف المتبايعين في الصحة والفساد ثم المشهور هناك ان القول قول مدعي
الصحة مطلقا وقيل ما لم يغلب الفساد فيكون القول قول مدعيه فلو لم يشبه
المولف هنا بالبيع لفاته ذلك القول غير ان تشبيه القراض بالبيع في هذا الموضع يوهم
بان القول الثاني منصوص هنا كما في البيع وليس كذلك فان المنصوص هنا قبول مدعي الصحة
ولكن التخريج قوي وقال في المدونة عن مالك اذا ادعى احدهما الاخر مثل ان
يدعي ان له من الربح مائة درهم ونصف ما بقي او الثلثة وادعى الاخر ان له
الثلث او النصف من الجميع صدق مدعي الحلال منهما اذا اتى بما يشبه فانظر كيف

[هامش: لم]
[هامش: صوابه الصحة]
[هامش: هو]

شرط

شرط في قبول قول مدعي الصحة منهما اتيانه بما يشبه ومفهوم هذا الشرط
موافق للقول المخرج هنا من البيع والله سبحانه اعلم
قوله المساقاة ● قال الجوهري والمساقاة ان يستعمل رجل رجلا في
نخيل او كروم ليقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم مما تغله وقال
القاضي عياض هذه اللفظة مشتقة من سقي الثمرة اذ هو معظم عملها
واصل منفعتها ولم يتعرض المولف لرسمها وكانه لما رسم القراض فيما
تقدم بقوله اجارة على التجر في المال بجزء من ربحه راى ذلك دالا على رسم المساقاة
فانها اجارة على عمل الحايط بجزء من غلته ويقرب من هذا رسمها بعضهم بانها
اجارة على عمل الحايط فلهذا والله اعلم اضرب المولف عن رسمها ورسم المزارعة
بعدها وعن الاجارة ايضا لانها ماخوذة في رسم القراض فهي كالمعلومة ضرورة
عند الفقهاء فلو كانت محتاجة للتعريف لما عرف القراض بها قبل تعريفها واختلف
في جواز المساقاة فاجازها مالك والشافعي والاكثرون ومنعها ابو حنيفة وخالفه
في ذلك صاحباه وفي الصحيح من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع او تمر وعنه ايضا ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها
من اموالهم وان لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها وعنه ايضا ان
عمر ابن الخطاب رضي الله عنه اجلى اليهود والنصارى من ارض الحجاز وان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر اراد اخراج اليهود منها وكانت
الارض حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين فاراد اخراج اليهود منها
فسالت اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقرهم بها على ان يكفوا عملها
ولهم نصف الثمر فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم نقركم على ذلك ما شينا
فقروا حتى اجلاهم عمر الى تيما واريحا وعنه ايضا قال اعطى رسول الله صلى
الله عليه وسلم خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر او زرع وكان يعطي ازواجه

[هامش: هو]

كل سنة مايه وسق ثمانين وسقا من تمر وعشرين وسقا من شعير فلما ولي عمر قسم
خيبر وخير ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان يقطع لهن الارض والما او يضمن
الاوساق فاختلفن فمنهن من اختار الاوساق الارض والماء ومنهن من اختار
الاوساق وكانت عايشة وحفصة رضي الله عنهما ممن اختار الاوساق فمن سلك
من اجاز بهذه الاحاديث وظاهرها معهم وقال الاخرون ان اليهود كانوا
رقيقا للمسلمين لانهم ظهروا عليهم وكانت الارض عنوة فاقرها رسول الله صلى
الله عليه وسلم بيد العبيد واخذ من الثمرة النصف وابقى لهم النصف يستعينون
به ويقوى ذلك انه كان يبعث لهم ابن رواحة يخرص عليهم ولو كانت مساقاة
حقيقة لكانوا شركا ولا يجوز مثل هذه القسمة بين الشركا باتفاق واجاب الاولون
عن الاول بانا لا نسلم ان اليهود كانوا ارقا ولئن سلمنا ذلك فظاهر حالهم
انهم منّ عليهم بان عتقوا واجروا مجرى الاحرار واما الخرص فلعله
كان ليعلم مقدار الزكاة فان اليهود لا يومنون على ذلك وفي هذا الجواب
الاخير نظر وقدح من منع المساقاة ايضا بان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لليهود نقركم ما شينا ولو كانت مساقاة على ما يراه الخصم لكان الاجل فيها
معلوما وقد اكثروا من الاسوله والاجوبه على هذه الاحاديث واستيفا
ذلك في علم الخلاف وقوله المعقود عليه اربعة النخل والشجر والزرع
والمقاثي الظاهرة في الارض ٥ انما افرد المولف النخل عن الشجر وعطف الشجر
عليها والله اعلم لان النخل الاصل والا فالمذهب جواز مساقاة ذوات الاصول
كلها والتفصيل في المذهب انما هو في غير ذوات الاصول فان قلت لم قال المقاثي
الظاهرة وهل تكون المقاثي غير ظاهرة قلت نبه بهذا الوصف على
سببية الجواز وان الظهور فيها موجب للالحاق بخلاف المغيب في الارض
فان في اجازة مساقاته اختلافا ياتي بعدها فان قلت فلم خص المقاثي
بهذا الوصف وليست خاصة به فان الزرع ايضا لا تجوز مساقاته حتى يبرز عن

الارض

الارض ويظهر لا قبل ذلك هذا هو المذهب قلت مراده بهذا الوصف تمييز موقع
ما يجوز فيه المساقاة لا تمييز تخصه هو بالقيد انما شانه الظهور على
وجه الارض كالمقاثي تجوز مساقاته بخلاف ما شانه الا يظهر كاللفت والجزر
واما الظهور الشخصي من الارض والاستقلال منها فقدر مشترك بين الزرع
والمقاثي وما اشبهها فان قلت ما مراد المولف بقوله في الارض بعد قوله
الظاهرة قلت مراده بذلك ما شانه البروز عن الارض وقد برز منها حاقلناه
ولم يذكر هذا القيد لتوهم السامع انه يريد المقاثي الماكولة لانها ثابتة فكان
يعتقد في النفوس وشبهه انه لا يجوز مساقاته الا بعد عقد زهره وذلك
غير مشترط اتفاقا بل هو مانع من اجارة المساقاة والله اعلم وقال الشافعي
رضي الله عنه لا تجوز المساقاة الا في النخل والعنب وقال داود لا تجوز الا في
النخل خاصة فاما داود فعلى اصله من منع القياس وقصر الاحكام على محال
ورودها واما الشافعي فقيل عنه انه احتج لذلك بان ثمر النخل والعنب بائن من
شجره يحيط النظر به والزم على هذا جواز مساقاة الكمثرى والتين والاترج وما
اشبهها واجيب عنه بانه لم يقصد بما ذكره الاحتجاج وانما اراد تانيس
المتعلم بذكر شي من المعاني تقريبا للافهام وانما حجته الحقيقة ان
المساقاة على خلاف منه مقتضى الاصول لانها مستلزمة للمعاوضة على
بيع الثمار قبل بدو صلاحها وقد وردت في النخل وورد التخريص فيها
بسبب المساقاة فوجب الحاق العنب بالنخل لاشتراكهما في التخريص الا ترى انه
ورد في العنب كما ورد في النخل واجيب عن هذا الجواب بان ربط الحكم بالتخريص
لا يظهر له حظ من المناسبة سوى ان الخرص من الثمار لا بد ان يكون ظاهرا
وهذا راجع الى ما صرح به الشافعي من احتجاجه بالظهور وقد تقدم ما
فيه وقوله وهي لازمة بعقده تستحق الثمار فيها بالظهور اتفاقا بخلاف
القراض ٥ لا يخفى ان الضمير المرفوع من قوله وهي لازمة راجع الى المساقاة

وكان ذكر هذه المسئلة في غير هذا الفصل او قبله انسب من ذكرها في هذا الموضع
لان هذه المسئلة من صفة العقد لا من صفة المعقود عليه فاما كون عقد المساقاة
لازما غير منحل فهو المعروف في المذهب وذكر اشهب فيها قولا اخر بانها منحله
كالقراض لكنه لم يبين ان ذلك القول لاصحاب مالك او لغيرهم وقال سحنون اولها لازم
كالاجاره واخرها اذا عجز كالجعل لان الجعل اذا ترك قبل تمامه لم يكن له فيها
عمل شي قال الباجي ولبعض العراقيين انه لو مات قبل الحوز لبطلت المساقاة وليست
كالعقود اللازمه وان لم تقبض قال ولعله تعلق بما روي في عين السقي تغور
ان كان قبل العمل فالسقي على رب الحايط وان كان بعد العمل لزمه ان ينفق بقدر
ما يقع له من الثمره وان لم يكن له عنده شي فللعامل ان ينفق مثله ويكون نصيبه
من الثمره رهنا بيده قلت والقول بعدم اللزوم ظاهر لان الاصل متى كان
العوضان مجهولين او احدهما كان العقد منحلا اما من الطرفين او من احدهما
لان الالزام مع الجهالة ضرر ولذلك لا نجدهم يحكمون بانحلال العقد من
الطرفين او من احدهما الا اذا احتوى العقد على الجهالة والقراض والمزارعه
في بعض الاقاويل واما كون المساقاة موقته فهو كالنتيجة عن كونها لازمه
اذ لا يناسب انحلالها اشتراط الاجل فيها قالوا ولما الحقت بالاجاره في
كونها لازمه كان الاجل من شرطها الا ان بعض الشيوخ حكى فيها قولا اخر
انها اذا وقعت مطلقه حملت على سنه واحده ولا تكون فاسده ولا يبعد
هذا القول عن اصول المذهب الا ان الجاري على الاصل المشهور فساد العقد
حتى يبينا ما دخلا عليه واما كون الثمره تستحق فيها بالظهور فهو كما قاله
المولف متفق عليه ويبين الفرق بينه وبين احد القولين في القراض انه لا يستحق
الربح فيه بظهوره فلان الربح يجبر به الخساره بعده ويجبرون ما ضاع
من راس المال وهذا المعنى مفقود في المساقاة فلذلك اتفق فيها على ما ذكره
المولف فان قلت قول المولف خلافا للقراض هل هو عائد الى مجموع ما ذكره من لزوم

العقد

العقد والتوقيت واستحقاق الثمره بالظهور او هو عائد الى القسم الاخير
وحده قلت الاقرب انه يرجع الى اخر الكلام والتحقيق انه بازا قوله اتفاقا
وقد بينا ان من الشيوخ من حكى الخلاف في بعض هذه المسايل والمولف لم
ينقل ذلك الخلاف فان اعتقد نفيه عاد قيد الاتفاق والمخالفه الى جميع
ما ذكره فان القراض غير لازم ولا موقت ويختلف في الوجه الذي يستحق الربح
فيه وان اعيد الى اخر كلامه كان ايضا صحيحا وقوله وشرطه ان يكون مما
لا يخلف فلا يجوز في الموز والقصب والبقل يحتمل ان يريد بلفظ شرطه هنا
الجنس فيعود كونه مما لا يخلف شرطا مستقلا وهو الذي عطف عليه من قوله
وان يكون في الموضعين ويحتمل ان يكون مجموع المعطوف والمعطوف عليه
شرطا واحدا وهذه اجراه على عادته في ذلك والاول من الاحتمالين اقرب
هنا لان الجزء الاخير وهو الجز لا يطلب فيه شرط ذوات الاصول وشبهها
والمركب لا يوجد بدون جزء من اجزايه فيتعين ان يكون شرط الثاني والنوع
مغاير الشرط ذوات الاصول والضمير المضاف اليه من قوله وشرطه راجع
الى المعقود عليه وانما منعوا من مساقاة ما يخلف لبعد شبهه عن محل النص
وهو النخل وايضا فالغالب على هذا النوع انه اذا استقل عن الارض بدا صلاحه
فيعود هذا الشرط الى الشرط الذي بعده قال في المدونه واصل قولهم في
المساقاة ان كل ما يجز اصله فيخلف لا يجوز مساقاته وكل ما يجز ثمرته ولا يخلف
واصله ثابتا وغير ثابت فمساقاته جايزه ولما كان الشرط الذي ذكره المولف
مفقودا من الثلاثة الذي ذكرها هنا وهي الموز والقصب والبقل امتنعت
مساقاتها لانخلاف شرط الجواز ولذلك ادخل الفاء في قوله فلا يجوز لارتباطها بالسبب
فان قلت المدونه لا تجوز المساقاة في الموز قال ابن القاسم وان عجز عنه صاحبه قال
مالك في الموازيه وكل ما يجز ويخلف كالموز والقصب والقرط لا تجوز مساقاته
وذكر ايضا عن ابن القاسم واشهب قال وقد كان ابن القاسم اجازه في مجالس ابي زيد

وليس بشي وقال مالك لا باس في شي من البقول وان عجز عنه ربه قال محمد وذلك اللفت والبصل والاصول المغيبه مما لا يدخر فهو كالبقل قال ابن عبد الحكم هذا احب الينا وقد اختلف فيه وقال في كتاب ابن المواز ايضا عن ابن القاسم انه اجاز مساقاه البقل مثل الفجل والجزر واللفت والبصل وشبهه اذا ظهر من الارض وعجز عنه ربه ما لم ينته الى حد تجوز بيعه وقال ابن نافع تجوز المساقاه في البطيخ والاصول المغيبه كلها عجز عنها او لم يعجز عنها واجاز مالك مساقاه قصب السكر اذا ظهر وعجز عنه ربه ومنع منه ابن القاسم وقوله وان يكون مما لم يحل بيعه فان حل فاجاره • يعني يشترط ان يكون المعقود عليه لم يبلغ الى حد تجوز بيع ثمرته فان بلغ الى هذا الحد لم تجز مساقاته اذ لا ضروره اليها لجواز بيعه وقال سحنون تجوز مساقاته لانها بيع نصفه او غير ذلك من اجزايه بخدمه الحايط وهي معلومه واما قول المولف فان حل فاجاره فظاهره انه حمل كلام سحنون على الموافقه لابن القاسم في المعني وانهما اختلفا في اللفظ ولا طايل تحت الخلاف فيه لان هذه الصوره ان وقعت مضت على مذهبهما معا اجاره فلهذا لم يصرح بخلاف سحنون والا فما الذي يمنعه من نقل خلافه ولا يظن به انه لم يطلع على قول سحنون مع نقل ابن يونس اياه فان قلت ما المانع من ان يكون مراد المولف بان الثمره اذا بلغت الى حد يجوز بيعها فيه لم تجز مساقاتها ومن اراد المعاوضه فيها على سبيل المساقاه فليواجر بها على الخدمه اجاره فعلى هذا تكون اجاره من قوله فاجاره منصوب على المصدر الواقع موقع فعل الامر وعلى الوجه الذي قبل هذا يكون مرفوعا قلنا ان اراد المولف هذا كان كلامه مقصورا على حكم المسله ابتدا دون الانتها وهو المنع من المساقاه ولا يكون في كلامه بيان لحكم المسله بعد الوقوع فضلا عن التعرض لقول سحنون وقد يترجح هذا الوجه على الوجه الذي قبله بانه في هذا الوجه صرح بالمنع من المساقاه فيها مع فهو موافق لقوله

بانه

بانه هذا ولذلك لو جمعه مع سنه اخرى لم تجز وايضا فان الشرطيه المتقدمه التي بني عليها كلامه لا تتم الا اذا كان مراده المنع من المساقاه عند عدم هذا الشرط وبالجمله ففي كلامه اخلال بقول سحنون وقول سحنون مشهور ذكره عنه ابن عبدوس والعتبي ولمالك في كتاب ابن المواز ما يشبهه فان وقعت هذه المسله فقال مالك يفسخ العقد ما لم يفت ولا تكون اجاره لان المساقاه تتضمن ان على العامل النفقه على رقيق الحايط وجميع المون وان لم يكن ذلك معلوما ولا يجوز ذلك في الاجاره وتفترق ايضا المساقاه من الاجاره بان الجايحه اذا طرات في المساقاه خير العامل بين التمادي والترك وفي الاجاره له القيام بالجايحه ويرجع باجاره مثله فيما عمل فان فاتت المسله بالعمل فللعامل اجر مثله على مذهب ابن القاسم وقد خرج بعض الحذاق من الشيوخ من هذه المسله ان ابن القاسم يرى ان الاجاره تنعقد بلفظ المساقاه وفيه نظر وقال مالك واجاز في كتاب محمد ان يدفع اليه نخلا مساقاه بثمره من نخل اخر قد ازهى ولم يلتفت الى لفظ المساقاه • وقوله ولذلك لو جمعه مع سنه اخرى لم تجز • يعني ولاجل ان المساقاه في الثمر الذي بدا صلاحه لا تجوز في سنه واحده لا تجوز ايضا اذا انضم الى تلك السنه سنه اخرى وان كانت الثمره لم توجد بالنسبه الى السنه الثانيه وكانه يقول المساقاه في السنه الاتيه جايزه على انفرادها وانما منع من صحتها دخول السنه الاولى في العقد فاجرى ذلك مجرى الصفقه الواحده اذا جمعت حلالا وحراما فانه يبطل الجميع وهذا الذي قاله المولف صحيح من هذا الوجه لانه قد علم من مذهب الامام منع مساقاه ما بدا صلاحه من الثمار في سنه وحدها وفيها مع ما بعدها ولو لم يعلم ذلك لامكن ان يقال ان يقال لعل مذهبه جواز مساقاه كل واحده من السنين على انفرادها ومنع مساقاه مجموع السنتين في عقد واحد الا ترى انه يجوز عنده مساقاه حايطين كل واحد منهما على انفراده احدهما على النصف واخر على الثلث ويمنع جمعهما

في صفقة واحدة فان قلت هل يجيز سحنون هذه الصورة قلت الجاري على الاصل
منعها وذلك ان اجازة سحنون للمسلة الاولى انما هو على سبيل الاجارة لا على
سبيل المساقاة والعمل في السنة الثانية انما يكون على وجه المساقاة فانضمام احدى
السنتين الى الاخرى في عقد واحد يكون من باب اجتماع الاجرة والمساقاة وذلك
لا يجوز والمنع فيه اظهر من ان يسال عنه على اصولهم فان وقع الامر على الوجه
الممنوع من ذلك فقال مالك في المدونة فيمن ساقى حايطا ازهت ثمرته لهذه
السنة ولسنتين بعدها يفسخ قبل ان يجد وبعد ما جد ويعطى ما انفق عليها
واجر عمله فيها وان عمل فيه بعد ما جد لم يفسخ بقية السنين وله فيهما مساقاة
مثله لان النخل قد ينقص حملها في عام ويزيد في اخر فان لم يستو السنين
ظلم احدهما قال الباجي واصل هذا ان المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها الى
مساقاة المثل تفسخ ما لم يعمل العامل فاذا عمل لم تفسخ وما يرد الى اجرة المثل تفسخ
عمل او لم يعمل قال ذلك ابن حبيب وحكم بالفوات بابتدا العمل وقت يفسخ به
المساقاة وقال في كتاب ابن المواز ان ادرك قبل جني ثمرة قابل فسخ واخذ اجارة
مثله ونفقته وان لم يفسخ حتى اتت ثمرة قابل لم يفسخ الى بقية السنتين فجعل
الفوات ظهور عام من اعوام المساقاة وقوله ويغتفر طيب نوع يسير
منه • هذا الفرع ذكره في كتاب محمد في الحايط تكون فيه انواع مختلفة حل
بيع بعضه اجمع ذلك في المساقاة قال ان كان الذي ازهى في الحايط الاقل
جازت المساقاة وان كثر لم تجز فيه ولا في غيره هكذا حكى الباجي عن كتاب محمد
وحكى عنه اللخمي المنع ولعل معناه ان يكون كل واحد من النوعين ما طاب
وما لم يطب كثيرا وحيث اجزنا في هذه الصورة وفي اصل المسلة على ما تقدم
من كلام سحنون فذلك بشرط الا يكون في الحايط رقيق شرطت نفقتهم على
العامل فان كان فيه رقيق فذلك منع من المساقاة لما يدخله من بيع الطعام
بالطعام ليس يدا بيد بسبب ما ياخذه العامل في نصيبه مما طاب من الثمرة ودفع

الطعام في نفقة الرقيق وقوله وان يكون الزرع والمقاثي مما عجز عنه
ربه على الاشهر بخلاف الشجر • لما قدم ان الذي يساقى اربعة انواع
النخل والشجر والزرع والمقاثي وقدم الشروط التي تعم الانواع على
الذي اشرنا اليه هل هي شرط واحد او اجزاء او شروط بين هنا ما يختص
به بعض تلك الانواع على الاشهر من القولين وهو العجز عن العمل في حق
رب الزرع والمقاثي دون رب النخل والشجر على انه استغنى بذكر الشجر
عن ذكر النخل خلاف ما فعله قبل هذا والاصح عندي المشهور ومقابل
الاشهر مذهب ابن نافع وهو سقوط هذا الشرط لان لفظ حديث ابن
عمر رضي الله عنه لا يقتضيه ومساقاة الزرع والمقاثي ان اعتمد في
اثباتها على الحديث فالحديث لا يدل على اعتبار هذا الشرط وان اعتمد
فيها على القياس على النخل من شرط صحة القياس ان يكون حكم الفرع
مثل حكم الاصل وحكم الاصل غير متوقف على هذا الشرط فوجب
الا يتوقف عليه حكم الفرع والله اعلم وقال ابن عبدوس القياس الا تجوز
مساقاة الزرع قال ابن رشد وقال ابو عمر ابن القطان المساقاة جايزة على
ما في المدونة في الورد والياسمين والقطن عجز عنه صاحبه او لم يعجز
بخلاف المقاثي والزرع قال ابن رشد وهو بعيد من التاويل اذ لا يعضده
دليل اذ لا فرق في حقيقة القياس بين القطن والزرع والمقاثي وقصب السكر
في جواز المساقاة فيها من غير عجز لان اصولها غير ثابتة بخلاف الياسمين
والورد التي اصولها ثابتة فلا ينبغي ان يختلف في ان المساقاة في الياسمين
والورد جايزة على مذهب مالك وان لم يعجز صاحبها عن عملها قال ولو قال قايل
ان المساقاة في المقاثي والقطن وما كان في معناها جايزة وان لم يعجز صاحبها
عن عملها بخلاف الزرع وقصب السكر وما كان في معناهما لكان له وجه لان
هذه ثمار تجنى من اصولها فاشبهت ثمار الاصول الثابتة والزرع وقصب

ينبغي ان يكون
جوابه دولب

وقصب السكر وما اشبههما لانه يجني من اصولها الا ان تقطع الاصول
ففارقت غير الاصول الا ان هذا لم يقولوه ولم يوجد لهم قال الباجي
ومعنى العجز عن الزرع ان يعجز عن عمله الذي يتربى به او ينمي او يبقى وان
كان له ما فقد يكون عاجزا وليس من شرط المساقاه عند مالك والجمهور
كون المعقود عليه غير بعل بل تجوز عندهم مساقاه البعل ومنع من
ذلك الليث لان في شجر البعل حراسه وجداد وهذا معنى ما في المدونه
وهذا الزرع البعل ايضا قاله بعضهم وقوله ولا يساقي البياض الا
تبعا ثلثا فما دونه بقيمه الجميع • يعني ان البياض وما في معناه مما
لا يجوز مساقاته لا يجوز ان يساقي ذلك كله على انفراده وتجوز ضمه في
المساقاه الى غيره بشرط تبعيته لغيره ولا يكفي مطلق التبعيه بل لا
بد ان يكون مقدار التابع الثلث فاقل ثم التبعيه على هذا الوجه
منسوبه الى جميع الثمره هذا هو المشهور وقال ابن عبدوس انما يراعي ان
يكون البياض تبعا للثمره كلها اذا كان بينهما واما اذا الغي فانما يراعى فيه
ان يكون تبعا الحصه العامل خاصه ومعرفه التبعيه على ما قاله في المدونه
هو ان يقوم كرا البياض فان قيل خمسه نظر الى الثمره وقدرها عاده وطرح
منها قدر النفقه فان كان الباقي اذ ذاك عشره فاكثر جاز لتحقق التبعيه
وان كان اقل من عشره لم يجز لان كرا البياض حينئذ اكثر من الثلث وانكر
بعض الشيوخ طرح قدر النفقه من قيمه الثمره قال لان بالنفقه والخدمه
يستحق العامل جزء الثمره فكيف يطرح من قيمه الثمره وقوله فان سكتا فقال
مالك يلغى للعامل وقال ابن حبيب ان كان ثلث نصيبه فما دونه وروي انه لربه
• يعني انهما اذا سكتا عن التعرض في عقد المساقاه عن ذكر البياض التابع
للثمره فاختلف قول مالك لمن يكون هل للعامل او لرب الحايط فحكى عنه محمد
ولم تحققه انه للعامل وحكى عنه ابن سحنون انه لرب الحايط قال ابن المواز

مخبجا

١

مخبجا انما نقله وهي سنه من رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت لعله لا يريد
ان الحكم عند الاطلاق الغاوه للعامل بالسنه ولعله يريد ان الواقع في
قضيه خيبر الغا البياض لليهود بشرط او بغير شرط فلما كانت تلك القضيه
هي اصل هذا الباب وجب الرجوع اليها عند الاطلاق هذا احسن ما يحمل عليه
كلامه ومع ذلك فليس بصحيح لما قدمناه مما وقع في الصحيح ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع او ثمر
واختار اللخمي الروايه الاخرى قال لان مفهوم المساقاه ان يسقي ما يحتاج الى
السقي وهو النخل بجزء من الثمره والبياض خارج عن هذا ولو كان داخلا في المساقاه
لجرد العقد لوجب ان يكون لصاحب الحايط جزوه منه مثل ما له في السواد
لان العقد يقتضي ان يكون ما فيه من الغله بينهما لا يستبد به احدهما
دون صاحبه واذا قلنا بانه ملغى للعامل فظاهر قول مالك انه يلغى في ذلك
تبعيته لجميع غله الحايط وقال ابن حبيب يشترط ان يكون تابعا لنصيب
العامل لان التبعيه انما تعتبر كذلك وقوله فان ادخلاه في المساقاه
فجزيهما • يعني فان شرطا انه بينهما في المساقاه فلا يجوز الا اذا كان
جزوه بينهما جزء المساقاه لا اقل من ذلك ولا اكثر وقال اصبغ يجوز
ان يكون للعامل منه اكثره كما يجوز ان يلغى له كله وله قول اخر مثل
ما ذكر المولف فاذا قلنا ما ذكره المولف فوقع الامر بخلافه ففي
كتاب محمد يكون فيه مساقاه المثل قال الشيخ ابو محمد يريد على قول اصبغ
وكانه يرى ان الجاري على قول ابن القاسم ان يكون له اجاره مثله وقوله
وبذره على العامل والا فسد • يعني ان شرط الصحه في جميع مسايل
هذا الفصل هو ان يكون بذر البياض على العامل لانه لم يرو ان النبي صلى
الله عليه وسلم دفع الى اهل خيبر شيا من البذر وكانه من جمله العمل الذي
يكون على العامل ولهذا قال جماعه من اهل العلم منهم احمد ابن حنبل انه يجوز

اعطا الارض بجزء مما يخرج منها ولما كان اصل المذهب المنع من كرا الارض
بذلك قال مالك في المدونه في البياض الذي هو تابع واحب الي ان يلغى للعامل
وهو احله يعني ليسلم من كرا الارض بالجزء مما يخرج منها غير انه لفظ فيه
نظر اذ لا ينبغي ان يطلق تفضيل الحلية على شي لم يفعله النبي صلى الله عليه
وسلم ولا امر به ويجعل راجحا على شي فعله النبي صلى الله عليه وسلم
قال مالك في المدونه ان شرط رب النخل ان يزرع العامل البياض على ان
البذر والعمل من عند العامل وما نبت فلرب النخل لم يجز لزياده تشترط
على العامل قال ابن حبيب فان نزل ذلك فليرد العامل في الحايط الى
مساقاة مثله ويكون الزرع كله للعامل وعليه كرا البياض لربه وقال
ايضا في المدونه ان شرط ان يكون البذر من عند رب الحايط والعمل
على العامل على ان ما نبت لرب الحايط لم يجز لزياده تشترط على العامل
قال ابن حبيب فان نزل ذلك رد العامل في الحايط الى مساقاة مثله وله
اجرته في عمل البياض والزرع كله لرب الحايط وخالفه بعض الشيوخ ورأي
ان يكون العامل في هذه وفي التي قبلها اجيرا قلت ويعد الخلاف يشبه
بالخلاف المذكور فيمن اعطى رجلا حايطا يعمل فيه على ان يعمل له في
حايط اخر بغير شي ياخذه منه فقال في المدونه وغيرها ان ذلك لا
يجوز قال في كتاب محمد فان نزل فهو اجير في الحايطين وفي العتبية له مساقاة
مثله في الحايط الذي يعمل فيه وله في الاخر اجره مثله قال في المدونه
لا يجوز للعامل ان يشترط نصف البذر الذي يزرع في البياض على رب الحايط
ولا يكون شي من البذر من عند رب الحايط وان جعلا الزرع بينهما نصفين
لانها زياده ازدادها العامل فان نزل ذلك فقال ابن حبيب يكون الزرع
بينهما نصفين وللعامل في الحايط مساقاة مثله وقريب منه عن اصبغ
قال ابن المواز وليس بشي والصواب ان يكون اجيرا وهو قول مالك لانها

زياده

زياده قال وذلك لو شرط البياض للعامل وعلى ربه البذر لم يجز
ويكون العامل اجيرا وقال اصبغ له مساقاة مثله بغير يمين
قال ابن القاسم في المدونه لو شرط العامل على رب الحايط حرث البياض
فقط وما سوى ذلك من البذر والعمل من عند العامل لم يجز وان جعلا
الزرع بينهما واختلف في حكمه بعد الوقوع فقال اصبغ وابن حبيب فيه
مساقاة المثل وقال ابن المواز مذهب مالك انه يرد الى اجاره مثله قال وقد
قال مالك اذا دخلت المساقاة زياده او في القراض صار له اجره قال وهذا البياض الذي
يجوز فيه اشتراطه لا يبالي كان بين اضعاف السواد او مفردا عن الشجر في
ذلك الحايط فهو جايز اذا كان تبعا وقد ذكرنا هذه المسايل لتعلم حكمها
بعد الوقوع والا فهي داخله تحت قول المولف والا فسد وقوله وان شرط
ربه انه يعمله لنفسه ففي الموطا لا يصلح لانه يسقيه العامل وقيل يجوز
● يعني اذا اشترط رب الحايط خروج البياض عن المساقاة وانه يبقى لربه
يعمله لنفسه ففيه قولان مذهب الموطا منعه واحتج بما ذكره المولف
من ان ذلك زياده ازدادها رب الحايط على العامل لان العامل اذا سقى الشجر
شرب البياض ورأي في القول الثاني ان العامل لا يتكلف لذلك زياده في العمل
لانه انما يسقي شجره وما ينتفع به البياض بعد ذلك كالذي ينتفع به الجار
فكما لا يضرهما ما شربه الجار فكذلك لا يضرهما ما شربه البياض ولعل
هذا الخلاف خلاف في حال هل للعامل في ذلك زياده او لا وقوله وبياض
الزرع كبياض النخل ● يعني ان البياض اذا كان في وسط الزرع او في ناحيه
عنه جاز في بياض النخل وامتنع فيه ما يمتنع فيه هكذا قال ابن القاسم وقال
ابن حبيب المواز مثله وزاد واحب الي ان يلغى للداخل فيحتمل ان يكون لاحظ في
في هذه الزياده ما لاحظه مالك في بياض النخل حيث قال واحب الي ان يلغى
للعامل وهو احله ويحتمل ان يكون ذلك زياده في بياض الزرع وهي ان بياضه

فيه ما جاز ثم

في ناحيه عنه او في وسطه بخلاف بياض النخل فان غالبه بين اثنا النخل
فالضروره الي دخوله في المساقاه اشد من ضروره بياض الزرع والراكن
المذهب انه لا فرق في بياض النخل بين ان يكون في اثنايها او في ناحيه منها على
ما قدمناه وقوله والشجر التبع في الزرع لا يلزم دخوله • يعني اذا
كان في الحايط زرع وشجر هي تابعه لذلك الزرع فلا يجوز ان يلغى للعامل
كما لا يجوز ان يلغى له البياض وانما تجوز مساقاه الزرع على ان النخل والشجر
داخله فيه قاله ابن القاسم في المدونه وكتاب ابن المواز وان الحايط
فيه انواع من الثمار وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز ان يلغى للعامل اذا
كان تبعا كمكترى الدار والارض فيها نخل تبع يشترط ثمرتها فهو جايز
قال ولا يجوز ان يكون بينهما قال ابن المواز ولم اعرف احدا استحسن ما قاله
ابن وهب ولا اخذ به والمعروف ما قاله ابن القاسم وقال القاضي ابن رشد
روى ابن وهب لا باس ان يشترط العامل الزرع الذي في الحايط اذا
كان يسيرا وقال مالك في كتاب ابن المواز لا باس ان يساقي الحايط وفيه من
الموز ما هو تبع قدر الثلث فاقل ولا يكون لاحدهما ويكون بينهما على
سقا واحد مثل الزرع الذي مع النخل قال ابن رشد فعلى ما رواه ابن وهب
يجوز اذا كان الموز يسيرا ان يشترطه واحد منهما على صاحبه وقوله
والزرع والشجر تبعا او غير تبع يجوز بجزء واحد • قد قدم الان حكم
الشجر اذا كان تبعا للزرع وانه يلزم دخوله في المساقاه فاذا كان الشجر
وهو تابع يلزم دخوله في المساقاه ولا يصح ان يلغى للعامل ولا لرب المال
فاحرى اذا كان غير تبع فعلى هذا يكون مراد المولف من هذه المسله بيان
شي اخر غير الذي قدمه لئلا يلزم التكرار في كلامه مع ملاصقه بعضه
ببعض وذلك الشي هو الذي صرح به بقوله يجوز بجزء واحد فيكون مراده
بيان شرط الجواز لا بيان اصل الجواز والله اعلم واذا منع دفع حايطين

على

على جزين مختلفين فلان يمنع دفع حايط واحد على اختلاف اجزا ثمره
او ثمره وزرعه وقوله الماخوذ هذا هو الركن الثاني من اركان المساقاه
ومعناه العوض الذي يستحقه العامل في المساقاه عن عمله فيها وقوله
وشرطه الجزئيه كربح القراض غير مختلف في نسبتها • يعني وشرط صحه
ذلك العوض ان يكون جزا من الثمره كالثلث والنصف وغير ذلك من
الاجزا على الوجه الذي تقدم بيانه في القراض وهذا الشرط معتبر في
كون ما يعطيه رب الحايط والعامل يسمى مساقاه لانه لو دفع اليه الحايط
على اوسق منه او من غيره في الذمه لم تكن مساقاه سوا كان ذلك جايزا اجاره
او غير جايز كاوسق من ثمره الحايط الذي وقع العقد عليه واما كونه
غير مختلف في نسبتها فهو الذي قدمناه فعلى هذا فلا يجوز على ان في البرني
النصف مثلا وله في الصيحاني الربع وقوله ويجوز حوايط متفقه او
مختلفه في صفقه واحده بشرط جزء واحد • يعني انه يجوز مساقاه
حايطين واكثر في عقده واحده سوا كان الحايطان متفقين في الجنس وفي
الصفه او مختلفين في الجنس وحده او في الصفه وحدها اذا كان الجزء
الماخوذ من ذلك الحوايط واحدا ثلث كله او ربع فان اختلف لم يجز
واحتج لذلك في المدونه بان خيبر اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الشطر من ثمرها وفيها الجيد والردي وهو دليل صحيح متناول
للصوره التي ادعى جوازها وهل فيه دلاله على اعتبار الشرط الذي ذكره
في ذلك نظر لانه لا يلزم من جواز هذه الصوره المذكوره في الحديث امتناع
ما عداها وحكى القاضي ابن رشد قولا اخر انه لا يجوز مساقاه الحايطين
في صفقه الا بشرط ان يكونا متساويين قال ولم يختلف انه لا يجوز مساقاه
الحايطين على جزين مختلفين اتفق الحايطان او اختلفا ولا فرق بينهما في المعنى
وانما فرق بينهما السنه وذكر قضيه خيبر قال فان وقعت المساقاه في الحايطين

المتفقين او المختلفين علي جزين او في الحايطين المختلفين علي جزو احد علي
القول بالمنع فعاف بالعمل ففي ذلك مساقاه مثله قال ابن يونس في الصوره
الاولي وحكي في كتاب القراض ايضا انه يكون اجيرا قال لانه خطر وذلك
قال في المدونه ومن ساقي رجلا نخلا علي النصف وزرعا علي الثلث لم يجز
حتي يكونا علي جزو واحد جميعا ويعجز عن الزرع ربه قال ابن حبيب ان
وقع علي صفه المنع بسبب اختلاف الجزرد العامل في الشجر والزرع الي مساقاه
مثله اذا عجز عن الزرع ربه يوم المساقاه والا رد الي الاجره وكان لربه يعني
اذا كان فساده لعدم شرط مساقاه الزرع وهو العجز عن العمل وان كان الفساد
لمجرد اختلاف جزي الزرع والنخل وجبت اجره المثل قال في المدونه فيمن اخذ
حايطين مساقاه علي النصف علي ان يعمل اول سنه فيهما ثم يرد احدهما
في العام الثاني ويعمل في الاخر لم يجز لانه خطر بزيد ولا يرتفع الخطر
عن ذلك بان يكون المردود منهما معينا قال ابن حبيب فان نزل كان في
الحايطين اول سنه مساقاه المثل علي تقدير ان يكون احدهما تلك السنه
وحدها ويلزم في الثاني منهما بين العامل في السنه الثانيه مساقاه المثل
علي تقدير ان يكون احده سنتين وفيه نظر وقوله اما في صفقات فلا
شرط • يعني ان من اخذ حايطين او حوايط كل واحد منها في صفقه
سقط عنه اعتبار اتحاد الجزء فانه يسقط اعتباره بسبب تعدد الصفقات
لتعدد العاملين ولا اعلم في ذلك خلافا ونفي المولف الشرط بلا التي
للتبريه وهي دالة علي العموم جيد مع انه لم يتقدم في المسله التي بني
هذا الفرع عليها سوي شرط واحد وذلك يوهم نفي الشروط السابقه اول
الفصل مع الشرط الاخير الذي هو اتحاد الجزيه ولكن مراده ما فسرنا
به كلامه خاصه وقوله واشتراط جزء الزكاة مجابره القراض • حذف
فاعل اشتراط والتشبيه بالقراض يدل علي انه يجوز لكل واحد من رب المال
الحايط والعامل ان يشترط لصاحبه او عليه جزء الزكاة وسبب ذلك انه يرجع
الي

230
الي جزء معلوم لان جزء الزكاة هو اما العشر او نصف العشر فاذا انضم الي
النصف او نقص منه كان ذلك كله معلوما واختلف المذهب في هذه
المسله علي ثلاثة اقوال المشهور جواز ذلك وهو ذكره المولف وقيل بالمنع
مطلقا وقيل يجوز لرب المال ان يشترط ذلك علي العامل ولا يجوز للعامل
ان يشترط علي رب المال رواه اشهب عن مالك وعلي المشهور لو قصر الحايط
عن نصاب الزكاة وقد كان رب الحايط اشترط الزكاة علي العامل فقيل
يقتسمان الثمره نصفين وقيل يقتسمانها اعشارا لصاحب الحايط سته
وللعامل اربعه وقيل يقتسمانها من عشرين يكون لرب الحايط من ذلك
احد عشر وللعامل تسعه وقيل يقتسمانها اتساعا للعامل اربعه
ولرب الحايط خمسه وهذا القول ابينها بعد تسليم صحه المساقاه والا
فهذا الاضطراب يوجب تصحيح القول الثاني وهذا كله اذا كان الحايط
بعلا وان كان يسقي بالنضح علت في ذلك علي ما يدل عليه كلامنا الان فان
سكتا عن شرط الزكاة فقال في المدونه الشان ان تخرجا الزكاة ثم يقتسما
ما بقي وقوله العمل • هذا هو الركن الثالث وهو بازا الركن الذي
قبله لان كل واحد منهما عوض عن صاحبه وقوله ولا يشترط
تفصيله ويحمل علي العرف • لعل مراده اذا كان العرف منضبطا واما
اذا لم يكن منضبطا فلا بد من البيان وقد يقال لا بد من تفصيل العمل
لان هنالك امور اختلف فيها هل هي علي رب الحايط او علي العامل فالسكوت
عنها مستلزم للجهاله والكلام في هذا الموضع شبيه بما قالوه في امد
الخيار في البيع انه لا يلزم التعرض في العقد الي بيانه والصحيح عندي
وجوب البيان وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه في بيان الخيار وهو القيام
بما تفتقر اليه الثمره من السقي والابار والتنقيه والجداد واقامه الادوات
من الدلا والمساحي والاجرا والعلمان والدواب ونفقتهم • هذا تفسير العمل

الذي يلزم العامل في المساقاه ولاشك في لزوم السقي واختلف قول مالك في الابار
وهو التلقيح ثمره فقال هو علي رب الحايط ومره قال هو علي العامل وتاول بعضهم
ذلك ورده الي قول واحد فقال معنى قوله هو علي رب الحايط اي الشي الذي يلقح
به ومعنى قوله هو علي العامل تعليق ما يحتاج الي تعليق وانكر غيره هذا التاويل
وابقى القولين علي ظاهرهما وفي معنى السقي التنقيه وجعلوا علي العامل
في هذا الباب الجداد وتيبيس التمر والحصاد قال ابن القاسم والدراس
لانهم لا يستطيعون ان يقتسموه الا بعد دراسه كيلا واختلف المذهب
في حصاد الزرع وتنقيته هل يصح اشتراطه علي الشريك الذي شرط عليه
في المزارعه العمل ام لا يلزمه ويكون بينهما واختلف في عصر الزيتون
في المساقاه فقال ابن القاسم ذلك علي ما اشترطا ان اشترطاه علي العامل
او علي صاحب الحايط فلا باس هكذا حكاه بعض اكابر الشيوخ عن المدونه
والذي في المختصرات عندنا ان شرطا قسمه حبا جاز وان شرطا عصره علي
العامل جاز ليسارته قلت وليس عصره في بلادنا باليسير وكذلك الحصاد
في غالب الامر ولقط الزيتون وجداده وقال ابن المواز وان لم يكن فيه شرط
فعصره بينهما وقال سحنون عن ابن القاسم علي العامل عصره اذا كان
ذلك غالب عمل اهل البلد وان شرط علي العامل ان لم يكن ثم عرف جاز
وان شرط علي رب الحايط عصر حصه العامل لم يجز قال سحنون منتهى عمله
جداده وقال في كتاب محمد ان لم يشترطه علي احد فهو بينهما وقال ابن حبيب
العصر علي العامل وان شرط علي صاحب الحايط وكان له قدر لم يجز ورد
العامل الي اجاره مثله قال في المدونه وان شرط العامل علي رب النخل صرام
النخل لم ينبغ ذلك وكذلك علي العامل اقامه الادوات الخفيفه كالدلاء والمساحي
وعليه استيجار الاجرا والغلمان والدواب لان هذه بها يتاتي العمل واما نفقتهم
فان كان العامل استاجرهم فبين ان نفقتهم عليه وان كان رب الحايط هو الذي

استاجرهم

استاجرهم علي ما سياتي وكانت نفقتهم مشترطه علي من استاجرهم فان العامل
هو الذي ينفق عليهم كما ينفق علي رقيق الحايط فان قصر العامل عن بعض ما شرط
عليه فقال سحنون فيمن اعطى كرمه او زيتونه مساقاه علي ان يسقي ويقطع
ويجني وعلي ان يحرثه ثلاث حرثات ففعل ما شرط عليه الا انه لم يحرثه الا
حرثتين قال ينظر جميع عمل الحايط المشترط عليه من سقي وحرث وقطع فان
كان ما ترك يكون منه الثلث حط من النصف الذي هو له ثلثه ان ساقاه علي
النصف وعلي هذه النسبه وقال مالك اذا دخل الحايط سيل اقام فيه حتى
استغنى عن الما فلا يحاسبه رب الحايط بذلك قال ابن رشد هذا مما لا اختلاف
فيه بخلاف الاجاره بالدنانير والدراهم علي السقي زمنه وهو معلوم عند
اهل المعرفه يسقي المطر الحايط فيجب ان يحط من اجارته قدر ما اقام الماء في
الحايط ويسقط عنه سقيه وقوله وما كان فيه يوم السقي فيجب للعامل الاستعانه
به وان لم يشترطه والاجره علي ربه بخلاف نفقتهم وكسوتهم يعني ان ما
كان في حايط المساقاه حين عقدها من رقيق واله ودواب فهي واجبه الدخول
في العقد يكون للعامل ان يستعين بها سوا اشترط العامل ذلك او لم يشترطه
وكذلك الاجرا ان كانت اجارتهم وجيبه فهي علي رب الحايط وتكون نفقتهم
وكسوتهم ان كانت مشترطه علي رب الحايط في عقد الاجاره فتكون علي العامل
وكذلك نفقه العبيد وكسوتهم هذا هو المشهور من المذهب قيل لان النبي صلى
الله عليه وسلم لم يروا انه اخذ لليهود شيا مما ذكرنا انه يترك للعامل
وقال عيسى وابن نافع لا يكون الرقيق والدواب للعامل الا بشرط والعقد
صحيح قال عيسى لان صاحب الحايط يقول اشترطتهم علي ما ساقيتك الا على انك
من هذا الجز قال الباجي وهذا يقتضي انه ان يشترط اخراج ذلك وفي مختصر ما
ليس في المختصر ان نفقه الرقيق علي رب الحايط قال في المدونه ولا ينبغي
لرب الحايط ان يساقي علي ان ينزع ما كان فيه من غلمان او دواب فيصير كزياده

يكون
شرطها الا ان نزعهم قبل ذلك فان شرط ذلك وعمل العامل على هذا وشرط
العامل على رب الحايط ادخالهم في المساقاة وليسوا فيه لم تجز فان نزل ذلك
فللعامل اجارة مثله والثمرة لربها وقال ابن المواز له مساقاة مثله ثم رجع الي
الاجرة فيهما معا ولابن القاسم في الموازية اذا شرط اخراج الرقيق كان للعامل
مساقاة مثله وقال ابن حبيب ايضا ان نزل اشتراط العامل نفقته او نفقة
الاجرا علي رب الحايط كان العامل برد الي اجارة مثله قال ابن القاسم في العامل
بجهل فلا يستثني ما في الحايط من دواب ورقيق وقال صاحبه انما ساقيتك بغير
دواب ولا رقيق انهما يتحالفان ويتفاسخان قال الشيخ ابو محمد انظر وهو لا يجوز
عنده اخراجهم فصار مدعيا لما لا يجوز قال الباجي ومعناه علي اصل ابن
القاسم ان العامل لم يقرر صاحب الحايط علي انهم في الحايط يوم المساقاة واختلفوا
فقال صاحب الحايط لم يكونوا في الحايط يوم العقد وقال العامل بل كانوا فيه
قال وقد ذكر ابن مزين رواية عيسى هذه وزاد فيها الا ان يمضي رب الحايط
الرقيق فتلزم المساقاة الى اجلها وهذا يدل علي صحتها علي حسب ما قلناه واما
لو قال رب الحايط انهم كانوا في الحايط يوم العقد وشرطت اخراجهم وانكر
ذلك العامل وقال شرطت ابقاهم او انكر الشرط فالقول قوله لانه يدعي
الصحة ولو قال صاحب الحايط لم اشترط شيا لاني اعتقدت اخراجهم لم ينظر
الي ذلك وكانوا للعامل ** وقوله ** وللعامل خلف ما مات ومرض ** يعني وكذلك
لو غاب او ابق وهذا معنى ما في الموطا والمدونة وزاد في غيرها وان لم يشترط
ذلك عليه العامل قال الباجي وهذا لان العقد كان علي عمل في ذمة صاحب الحايط
ولكنه تعين بها ولانا التسليم واليد كالذي يكري راحلة مضمونة ثم يسلم
احدي رواحله الي الراكب فانه ليس له ان يبدلها ولم يكن ذلك بمنزلة العبد
المستاجر بعينه لانه ليس في الذمة قال وهذا اذا كان مستاجرا لجميع العام
وان كان مستاجرا لبعضه فلم ار فيه نصا وعندي انه يعوض منه من تمام العام

كالموت

صوابه بجمل

كالموت ** وقوله ** ولو شرط اجرتهم او خلفهم على العامل لم تجز ** يعني لانه
شرط مناقض لمقتضى العقد فان قلت ففي هذا الاصل خلاف هل يرد الي اجرة
مثله او مساقاة مثله وهو منصوص في بعض مسايل هذا الفصل ** وقوله **
وما رث مما كان فيه ففي تعيين خلفه قولان ** يريد لان ما رث من آلة الحايط
كالاحبل والدلاء والزرانيق اذا هلكت فاختلف هل علي رب الحايط خلفها
كالدواب او ليس عليه خلفها ويكون على العامل والاول قاس الآلة علي
الرقيق والدواب والثاني فرق بان الاصل تعيين الآلة والدواب بدليل
انهم اذا لم يكونوا في الحايط لم تجز للعامل اشتراطهم واذا ثبت ذلك فينقل
ترك هذا الاصل في الدواب والرقيق لان مدة حياتها مجهولة فلو لم تتعلق
الخدمة حينيذ بذمة رب الحايط لتعسرت المساقاة للغرر واما الآلة
فامد الانتفاع بها معلوم في العادة فوجب ابقاوها علي مقتضى الاصل في
التعيين والله اعلم واختار الباجي القول الاول ** وقوله ** فان سرق فعلى ربه
اخلافه ** يعني فان سرق شي من الآلة لزم ربه ان يخلفه من ماله وهذا
مما يقوي القول بعدم التعيين لانه لو لم يكن مضمونا لما لزم خلفه ** وقوله **
ما دام مضي قدر الانتفاع حانا القولان ** يعني فاذا اخلف ذلك المسروق انتفع
به العامل بقية المدة التي يري ان المسروق كان ينتهي اليها فاذا انقضت
فمن قال فيما رث من الآلة يلزم خلفه بقي ذلك بيد العامل الى انقضاء امد
المساقاة ومن قال فيما رث منها لا يلزم خلفه يقول هنا اذا انقضت غاية
ما كان ينتفع بالمسروق فيها اخذ ذلك رب الحايط وهذا هو معنى قول المولف
جاء القولان بالاخلاف والامر في القولين للعهد وهكذا حكى القولين غيره وانما
يصح ذلك اذا اخلف المسروق جديدا وذلك عندي لا يلزم رب الحايط وانما
يلزمه ان يخلف مثل صفة المسروق في القدم والجدة فان اخلفه قديما
على صفة المسروق استحاله ما دام فيه ما ينتفع به في امد المساقاة وان

اخلفه جديدا فالاصل ما قاله المولف الا ان يقال انه متطوع ما اخلافه على هذه
الصفه وفي ذلك نظر وقوله ولا يجوز شرط ما يبقى بعد انقضايها كحفر بير
او انشا غراس ه تصور كلامه ظاهر وانما كان ذلك ممنوعا لان ما تبقى منفعته بعد
امد المساقاه لا تعلق له حقيقه بالمساقاه ولا ضروره في ضمه الى عقدها فوجب
ان يمنع فالاصل فسخه وفوات ذلك بالعمل اجره المثل وان كان قد وقع في بعض
الروايات خلاف على ما ستراه قال في المدونه واذا اشترط رب الحايط على العامل
بنا حايط حول النخل وتزريبها او حفر بير لسقيها او لسقي الزرع او اجراء مجرى
العين اليها لم يجز ويكون اجيرا اذا كان ما اراده من ذلك له بقيه وله مونه
ليست يسيره وقال مالك في العتبيه ولا يجوز ان يشترط عليه غرسا ياتي به
من عنده فيغرسه في الحايط قال محمد ان كان يسيرا اجزت المساقاه وابطلت
الشرط وان كان له قدر لم يجز وقال مالك ايضا ولو شرط عليه العمل في ذلك
او يكون اصل الغرس من عند صاحب الحايط فان كان يسيرا جاز وان كان كثيرا
لم يجز قال الباجي فاذا وقع على الوجه الذي لا يجوز فقال مالك في المدونه له اجر
مثله قال عيسى ان كان العمل الكثير من العامل دون الاصل رد الى مساقاه مثله
وان اتى بالوديّ ذا الى اجر مثله واعطي قيمه غرسه مقلوعا قال الباجي والمساقاه
مبنيه على ان ما كان من العمل مما يحتاج اليه الثمره ويبقى بعد الجداد مما
يلزم رب الحايط فانه يجوز اشتراط يسيره على العامل ولا يجوز اشتراط
كثيره واما ما لا يحتاج اليه الثمره مما كان منه عملا مجردا فيجوز مالك والصحابه
يسيره وما كان منه ياتي العامل بعينه فيمنعه مالك وجوزه ابن المواز
وقوله واغتفر اشتراط اصلاح الجدر وكنس العين ورم الحوض ه هذه
صور حشى المولف ان لو سكت عنها لكفهم مما قدمه ان المذهب عدم اغتفارها
لانه قد تبقى اثارها بعد انقضا امد المساقاه وقد علم ان ما هذا شانه
غير مغتفر لكن ليساره الامر في هذه مع انه قد لا يبقى لها اثر ولا سيما

مع

مع انه قد لا يبقى طول اجل المساقاه اغتفروها ولعل المولف قصد بهذه
الثلاثه التي ذكرها التمثيل دون الحصر وقد الحق بهذا سرو الشرب
والسرو الكنس والشرب جمع شربه وهي حياض يستنقع فيها الماء حول
الشجر وتحصين جزوفها ومجرى الماء اليها هكذا فسره ابن حبيب لكنه خالف
ملكا فيه فعند مالك هو من النوع الذي ذكره المولف وقال ابن حبيب هو على العامل
وان لم يشترطه عليه رب الحايط واما خم العين وهو كنسها كما ذكره المولف
ورم القف وهو الحوض كما ذكره المولف ايضا فقال ابن حبيب هو على رب الحايط
ويجوز اشتراطه على العامل وهو قريب مما ذكره المولف فيه قال في العتبيه
حرق القف وكسر الزرنوق قيمته الدرهمان والدينار على رب الحايط ان
لم يشترطه وروي عنه اشهب انه لا يشترط على العامل اصلاح كسر
الزرنوق وقوله ولا يجوز مشاركه رب الحايط ولا اشتراط عمله ه يريد
لا يجوز لرب الحايط ان يدفع الى العامل جمله الحايط على ان يكون شريكا
معه بالنصف ولا بغير ذلك من الاجزا وكذلك لا يجوز ان يشترط عليه
الاستعانه بعمل يده وتقديم المسله الثانيه على الاولى احسن لان امتناع
الاولى مبني على امتناع الثانيه وامتناع الثانيه مبني على ان اشتراط العامل
على رب المال زياده او تحجير لا يجوز ذلك في القراض وهذا هو المشهور في
المذهب وقال يحيى عن ابن نافع انه قال لست اخذ بقول مالك ولا باس ان يشترط
العامل عددا من الرقيق وان لم يكونوا في الحايط يوميذ وهو قول الشافعي
غير ان التحجير على العامل بعمل رب الحايط معه زياده في موانع المساقاه
وقال في المدونه لا يجوز ان يشترط العامل ان يعمل معه رب الحايط بنفسه
فان نزل ذلك فله مساقاه مثله وقال محمد له اجر مثله قال في المدونه لان ملكا
اجاز ان يشترط عليه دابه او غلاما اذا كان لا يزول وان مات اخلفه له
رب الحايط فلذلك حقق اذا اشترط ان يعمل معه رب الحايط وقال سحنون اذا

كما لا يجوز

جاز ان يشترط عون غلامه جاز ان يشترط عون نفسه قال ولا يجوز اشتراط عمل يد رب
المال اذا كان الحايط لمعرا وقال مالك في العتبيه في رجل قال لرجل تعال اسق انا وانت
حايطي على ان لك نصف الثمره لا يصلح ذلك قال وانما المساقاه ان يسلم الحايط
اليه لم اخل فاشار الى ان المانع في هذه الصوره هو المانع في اشتراط عمل يد رب المال
وهو التحجير وقوله ويشترط تاقيتها واقله الى الجداد فان اطلق حمل عليه يعني
انه لما كانت المساقاه لازمه بخلاف القراض اشبهت الاجاره والاجاره لا بد من
ضرب الاجل فيها فكذلك المساقاه الا ان اشتراط الاجل مع الحكم بصحه عقد المساقاه
المطلقه بعيد واصل المذهب ان العقود اذا احتمل الصحه والفساد فهو محمول
على الفساد خلافا لابن حبيب فان قلت مراد المولف باشتراط التاقيت ان وجود
الجهاله في العقد تفسده وحصول الجهاله امرا بد على اطلاق العقد قلت وعلى
هذا التقدير تكون الجهاله مانعا من الصحه لا ان التاقيت شرط في الصحه والله اعلم
قال مالك في المدونه والشان في المساقاه الى الجداد لا يجوز شهرا ولا سنه اشهر محدوده
وهي الى الجداد اذا لم يوجلا قال ابن القاسم وان كانت تطعم في العام مرتين فهي الى
الجداد الاول حتى يشترط الثاني وقوله ويجوز الى سنين والاخره بالجداد ما
لم تكثر جدا قيل عشره قال لا ادري تحديد عشره ولا ثلاثين ولا خمسين ان
قلت ما فايده قوله ويجوز الى سنين مع قوله ويشترط تاقيتها فان جوازها الى سنين
داخل في اشتراط التاقيت قلت له فايدتان احداهما انه لما قدم ان اقل التاقيت هو
الجداد الاول خشي ان يفهم من كلامه انه لا يكون تاقيتها الا بتعدد مرات الجداد
فبين انه يكون بالسنين ايضا الثانيه انه اراد بهذا الكلام انه يجوز عقد المساقاه
الى سنين قليله وكثيره ما لم يكثر جدا قال ثم السنه الاخيره وان اتفق كون
الجداد باخرها فبين وان تاخر الجداد عنها لزم العمل الى الجداد وكان للعامل منه
نصيبه وقال مالك في كتاب محمد فيمن ساقى حايطا من صفر سنه احدى وسبعين ومايه
الى صفر سنه ثلاث وسبعين فان وفى الاجل قبل طيب الثمره وقبل جدادها لم تخرج

من يده حتى يستكمل المساقاه فيه وحتى يتم جداده قال اللخمي وهذا قوله
مبني على ان الجداد قريب من ذلك الامد وانهما انما يريدان ان الثمره تطيب انقضا
في تلك المده فيكونا قد قصدا الى بيعها ولو كان الطيب متاخرا عن تلك
المده بالشي البين لم يصح ذلك لانه استعمله على بيع منافعه في تلك المده
لياخذ ثمره عامين قلت انما يتم هذا التفسير اذا لم يكن للعامل شي في
الثمره الثالثه واما اذا كان له منها نصيبه على شبه ما تقدم وهو ظاهر
الروايه فلا فساد فيها والله اعلم قال ابن المواز قال مالك اذا جد العامل
النخل وبقيت نخل او شجر نحو العشرين تاخرت فعليه سقي جميع الحايط حتى
تجد ما بقي وكذلك ان كانت عدايم وهي الموخره الطيبات وقال ايضا في روايه
ابن وهب اذا اخذ حايطا فيه اصول مختلفه من نخل وكرم ورمان وغيره
على سقا واحد فعليه ان يسقيه كله حتى يفرغ منه ويرده الى ربه وقال
مطرف وابن الماجشون في العدايم ان كانت قليله جدا فعلى رب الحايط سقي
حايطه كله عدايمه واما جد منه وليوف العامل حقه من ثمر العدايم
وان كانت العدايم لكثير فعلى العامل سقي الحايط كله مثل اذا جد بعضه
وبقي بعضه وان كان ذلك متناصفا او متشابها فعلى العامل ان يسقي
العدايم كلها وحدها وعلى رب الحايط سقي باقيه قال ابن الماجشون وان
كان في الجنان انواع من الثمر تين وعنب وفرسك يجني بعضها فهي كالعدايم
سوا وقال اصبغ مثله وقال مطرف كلما قطف منها ثمره فقد انقطع السقا
فيها قلت او كثرت واختاره ابن حبيب قوله وللعامل ان يساقي امينا
غيره يعني ان العمل في المساقاه يتعلق بذمه العامل وليس هو كالاجير
المعين فله ان يساقي غيره وشرط المولف في العامل الثاني ان يكون امينا
وظاهره انه سوا كان العامل الاول امينا اولا ويتعذر ان يكون امينا فلا
يحتاج الى تساويهما في الامانه فان اراد هذا فهو خلاف المدونه وخلاف ما

يقتضيه النظر لان المطلوب ان يكون الثاني مساويا للاول في الامانه وذلك
ايضا ينبغي ان يكون مساويا له في القوه على العمل قال في المدونه ولمن سوقي في اصل
او زرع مساقاه غيره في مثل امانته فان ساقا غير امين ضمن فان قلت تعليق
ضمانه على عدم امانه العامل الثاني دليل على انه لا يحتاج في هذه الا الى مطلق
الامانه ولا يحتاج الي المساواه فيها كما هو اجنبا ر الالحر قلت لا دلا له علي ذلك
وانما جري في المدونه علي عادته وعاده المتقدمين في التمثيل بالمسايل الجليه
الحكم واضرابهم عما عداها وتركهم المشكل حتى يقع فينظر فيه ولا شك
ان الثاني ان كان غير امين في ضمان العامل الاول الا انه ان كان دون الاول في
الامانه انه لا ضمان على الاول وقد قال في كتاب الرواحل ما يتوهم به قوه
السوال حيث قال فيه وان اكترى دابه ليركبها لم يحمل مكانه مثله في الخفه
والامانه لم يضمن وان اكرى ممن هو اثقل منه او من غير مامون ضمن فهذ
مثل ما ذكرناه عن المدونه في مسله المساقاه الا ان الذي له في الجعل والاجاره
مثل ما ذكرناه في الجواب وهو قوله هناك وكره مالك للمكتري الدابه لركوبه ان يكراها
من غيره كان مثله او اخف منه فان اكراها لم افسخه وان تلفت لم يضمن ان كان
اكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وامانته وخفته قال في المدونه
لا يجوز ان يربح في المساقاه الا ترا مثل ان ياخذ على النصف ويعطي على
الثلثين فيربح السدس او يربح عليه قال مالك في كتاب محمد اذا اخذه على
النصف ودفعه على الثلث الي غيره وربه عالم بذلك فربه اولى بنصف
الثاني
الثمره ويرجع علي الاول بقضا ما بقي قال القاضي ابن رشد على قوله وربه
عالم هذا عندي على القول بان السكوت ليس كالاذن وهو احد قولي ابن القاسم
واما على القول بانه كالاذن فيجب ان يكون احق بثلثي الثمره ويرجع رب الحايط
على العامل الاول بمثل سدس الثمره واذا كان الاول احق بنصف الثمره فهو
مثل ما في المدونه قال وهو كلام خرج على غير تحصيل لان الواجب ان يرجع

عليه

عليه بقدر ما لصاحب الحايط من حظه من الثمره في قيمه عمله ويلزم على
هذا اذا علم العامل الثاني ان الاول على النصف ان تكون المساقاه فاسده لانه
دخل على ان يكون له نصف الثمره وقيمه ربع عمله وذلك مما لا يجاز قال وقد
رايته لبعض اهل النظر وقوله فان عجز ولم يجد اسلمه ولا شي له ه بريد
فان عجز عن العمل ولم يجد امينا على ما تقدم اسلم الحايط لربه ولا شي له من
الثمره وهذا صحيح اذا قبل ذلك رب الحايط وظاهر المدونه وغيرها ان الحكم
كذلك وان لم يرض رب الحايط وهو مما انتزع منه بعض الناس ان عقد
المساقاه غير لازم والمشهور كما تقدم لزومه كانهم قضوا بها للعامل
على رب الحايط كما قضوا لرب الحايط على العامل في غير السنه بعور ما وها
انه ان كان قبل العمل ولا شي له على رب الحايط وان كان بعد العمل لزمه ان ينفق بقدر
ما ينوب له من الثمره وان لم يكن عنده شي فللعامل ان ينفق مثله ويكون نصيبه
من الثمره رهنا بيده وقد اشار الباجي وغيره الى ان قولهم هنا ان كان قبل
العمل فلا شي على رب الحايط يدل على ان المساقاه لا تلزم بمجرد العقد
وهو قول في المذهب وقال بعض الشيوخ في مسله المولف فان قال رب الحايط
انا استاجر من يتم العمل واتبع ما طار له من الثمره واستوفي ما ادیت فان
فضل شي فله وان نقص اتبعته فيسعي ان يكون ذلك له قول ابن القاسم
في المتزارعين يعجز احدهما بعد العمل وقبل طيب الزرع يقال لصاحبه اعمل
فاذا يبس الزرع بيع واستوفيت حقك فما فضل فله وما عجز اتبعته به
للزوم العمل له هذا كله ان كان عجز العامل في المساقاه قبل العمل وان كان
بعد الشروع فيه وقبل بدو الصلاح فكذلك وان كان بعده فقال ابن
القاسم يباع نصيب العامل ويستاجر عليه منه فان كان فضل كان له
وان كان نقصان اتبعه وقال سحنون اذا عجز رد الى صاحبه بمنزله اذا
عجز قبل صلاحه قال والمساقاه اولها لازمه كالاجاره واخرها اذا عجز

كالجعل يسلم لربه ولا شي له وقوله ولهما ان يتقايلا ش لما قدم ان رجوع
الحايط الي ربه عند عجز العامل جايز وخشي ان يعتقد ان سبب جواز ذلك انما هو
الضروره لاجل عجز العامل فبين ان ذلك يجوز ايضا اختيارا منهما وقد تقدم
انه يجوز للعامل ان يساقي غيره ورب الحايط اولي لان قصاري الاقاله ان تكون
كانها مساقاة مع اجنبي غير ان ظاهر كلامهم ان الاقاله تجوز علي جميع احوال
الثمره قبل الزهو وبعده وقد تقدم ان المشهور منع مساقاة ما حل بيعه
قال اصبغ عن ابن القاسم اذا قال رب الحايط للعامل اخرج من المساقاة علي
ان لك ربع الثمره اذا طابت فذلك جايز واذا قال رب الحايط بعد ان عمل وانفق
انا اعطيك عينا او عرضا علي ان تخرج لم يجز وان اعطاه من الثمره
بعينها شيا قبل ان يطيب فان كان جزا شايعا ربعا او سدسا جاز ولا يكون
كيلا منها قال ابن ميسر وروي ابن القاسم عن مالك انه لم يعمل جاز ان يعطيه
جزا منها وان عمل لم يجز لانه كانه اعطاه فيما تقدم من عمله ما جعل له من
الثمره وهو مجهول وقاله اشهب في العتبيه قال ابن حبيب اذا تارك الجعل
دفعه العامل الي رب الحايط يعني من غير الثمره ثم عثر عليه قبل الجداد
رد الجعل ورجع العامل الي مساقاته وغرم لرب الحايط اجر ما عمل بعد
رده عليه وان لم يعثر عليه الا بعد الجداد فللعامل نصف الثمره ويودي
قيمة ما عمل بعد رده وياخذ ما كان اداه قال ابن المواز اذا اخذ رجلان
حايطا مساقاة فسلمه احدهما لصاحبه بجزء من الثمره فذلك جايز وذلك
لو كان ملكا لهما ولو اخذا حايطين مساقاة او كانا ملكا لهما فاراد احدهما
ان يخرج الاخر علي جزء منهما من ثمره احد الحايطين لم يجز وقوله
ولا تنفسخ بفلس ربه ويباع مساقي وقيل لا يباع حتي ينقضي او يتركها
لما قدم الكلام علي عجز العامل واتبعه بالكلام علي الاقاله تكلم هنا
علي ما اذا عرض لرب الحايط ما يباع عليه الحايط بسببه وهو الفلس

هل

هل يمنع ذلك من التمادي علي المساقاة ولو كان الحايط يباع علي ربه في الفلس
قال في المدونه وسواء كان العامل عمل ام لا قيل لابن القاسم لم اجزته ولو ان رجلا
باع حايطه يعني قبل الابار واستثني ثمرته لم يجز قال هذا وجه الشان فيه
وليس هذا عندي باستثنا ثمره وقال غيره لا يجوز بيع الحايط حينيذ ويوقف
الي ان يرضي العامل بتركه فيحل بيعه وهذان القولان هما اللذان ذكرهما المولف
هنا واختلف راي سحنون في اختياره من القولين فرجح مره قول ابن القاسم
قال لعلة الضروره بسبب الفلس وقال مره اخري انما يجوز بيعه اذا كانت
المساقاة سنه واحده لجواز بيع الربع والحوايط علي ان يقبضها مبتاعها
بعد سنه وان كانت المساقاة سنين فلا يجوز بيع الحايط حتي يبقي للعامل
فيه الي اجله ثم لا يجوز بيع الربع علي ان يقبض الي هذا الاجل ويفسخ فيه
البيع وقال ابن المواز ان ابرت الثمره او طابت فذلك جايز علم المبتاع او لم
يعلم وان لم توبر لم يجز البيع علم المشتري بالمساقاة او لم يعلم شا البيع او
ابا اذ لا يجوز للبايع حينيذ استثنا شي من الثمره اذ لم توبر وقال في المشتري
يخرج العامل بشي يعطيه من غير الثمره فلا يجوز واما بجزء منها او بغير شي
فجايز وقوله الرابع الصيغه ش هذا الركن وان كان حقه ان يقدم علي
الثلاثه التي قبله لانه هو الواقع في الوجود اولا الا ان المولف لما لم يذكر
للمساقاة حدا ولا رسما اما لانها معلومه عند اكثر الناس واما انه استغني
عن التعريف فيها بتعريف القراض ثم اشرنا اليه صارت الصيغه لهذه الحقيقه
كبعض اللواحق لانها ان لم تتعين لها صيغه فلا كلام وان تعينت كان ذلك
حكما علي هذه الماهيه فانها لا تنعقد الا بلفظ خاص فلذلك والله اعلم
اخر هذا الركن عن غيره من الاركان السابقه وقوله مثل ساقيتك وعاملتك
علي كذا فيقول قبلت وما في معناها من قول وفعل ش ظاهر كلامه بل
صريحه ان الصيغه لا تنحصر في قوله ساقيتك والمحكي عن ابن القاسم

انها محصورة في ذلك وحكى عن سحنون انها تنعقد بلفظ الاجاره وفي صحه
هذا عندي نظر فان صح فلا شك انها تنعقد عنده بلفظ عاملتك وبالجمله
ان كلام المولف مقتضي لعدم انحصار صيغه المساقاه في لفظ ساقيتك
وانه لا يقوم مقام ساقيتك وعاملتك كل لفظ يدل على المعاوضه في المنافع
وان المعاطاه في ذلك كافيه لان الضمير المخفوض من قوله معناها عايد الي
لفظ ساقيتك وعاملتك وقبلت وقد فسر جميعها بقوله من قول وفعل
وقوله وللفاسد ثلاثه احوال قبل العمل فتنفسخ ٥ يعني انها اذا عثر
على المساقاه الفاسده قبل العمل وجب فسخها على اصل المذهب والا لما
كانت فاسده واذا فسخوا البياعات المكروهه قبل الفوات فالفاسد اولى
بالفسخ ووقع في بعض النسخ فتنفسخ مضارع انفعل والاحسن كان
فتفسخ مبني للمفعول وقوله الثانيه بعد الفراغ فاربعه اجره المثل
ومساقاه المثل ما لم تكن اكثر من الجزا الذي شرط عليه ان كان الشرط
من المساقي او اقل ان كان للمساقي والرابع قول ابن القاسم ان خرجا عن معناها
كاشتراطه زياده من عين او عرض فاجره المثل وان لم يخرجا فمساقاته
مع ثمر اطعم او اشترط عمل ربه معه او ساقاه مع بيع صفقه او سنه كذا
وسنه كذا فمساقاه المثل ٥ تصور القولين الاولين بين وحاصل القول
الثالث ان كان الشرط الموجب للفساد وقع من رب الحايط فللعامل الاقل
من مساقاه المثل او الجزو الذي يشترطاه وان كان ذلك الشرط وقع من العامل
على رب الحايط فللعامل الاكثر من ذلك وتصور القول الرابع ايضا بين
قال بعض الشيوخ والخلاف المذكور في القراض الفاسد يجري مثله في المساقاه
الفاسده والقول الرابع من الاقوال التي ذكرها المولف هو مذهب ابن القاسم
وهو استحسان عندهم والمسلتان الاولتان من المسايل الاربع التي ذكرها
المولف مثالا للقسم الثاني من قسمي القول الرابع هما في المدونه والاثنتان في

تحصيل / تحصيح

ومساقاة المثل

العتبيه

العتبيه قال ابن رشد ويلزم على الاخيره منهما اذا ساقاه على
حايطين احدهما على الثلث والثاني على النصف وكذلك اذا ساقاه على
حايط على ان يكفيه مونه حايط اخر فقال انه يكون له اجره مثله في
الذي شرط عليه كفايته ويرد في الاخر الي مساقاه مثله قال وكان بعض
لنا عن من ادركناه من الشيوخ ان الذي يرد فيه على مذهب ابن القاسم
من المساقاه الفاسده الي مساقاه مثله هي المسايل الاربع بزيد التي ذكرها
المولف وسايرها كلها يرد فيها الي اجاره المثل فعلي ناو يلهم يجوز
هذا قولا ثانيا في المسله قال والصواب ان ما ذهب اليه ابن حبيب على
الاصل الذي ذكرناه مفسر لمذهب ابن القاسم لا خلاف له قلت وقد تقدم
في اثنا الكلام على المسايل فروع يرد فيها الي مساقاه المثل وقوله
الثالثه في اثنا العمل فتفسخ ان كان الواجب اجره المثل وتمضي ان كان مساقاه
المثل ٥ يعني انا اذا عثرنا على فساد المساقاه بعد الشروع فيها وقبل
تمام العمل بحيث حكمنا باجره المثل قطعنا بقيه العمل كما هو الحكم في
الاجاره الفاسده وحيث حكمنا بمساقاه المثل فالضروره داعيه الي اتمام
العمل لان العوض على هذا التقدير انما يدفع للعامل من الثمره التي تكون
في الحايط لا من غيرها وقد نتج هذا ان اجاره المثل تتعلق بذمه رب
الحايط وان مساقاه المثل لا تتعلق بذمته بل تكون في ذلك الحايط
والله سبحانه اعلم وقد تقدم هذا المعنى مختلفا فيه في كتاب القراض
وقوله وحكمها بعد سنه من سنين كحكمها في اثنا سنه ٥
يريد انه لا فرق بين ان يكون العثور على المساقاه الفاسده في اثنا سنه
او بعد انقضايها من سني المساقاه الفاسده ولا بها يقال هذا ظاهر اذا
كانت الاجاره هي الواجبه واما اذا كان الواجب هو مساقاه المثل فينبغي ان
يفسخ باقي السنين لان الحايط قد تقل ثمرته في عام وتكثر في اخر فلو لم

يتمادىا على العمل الى منتهى المده لغبن احدهما وقال ابن القاسم في المدونه
فيمن ساقى ثمر نخله فساقاها هذه السنه وسنتين بعدها لم تجز ويفسخ وان
جد الثمره العامل ويعطى ما انفق عليها واجر عمله فيها فان عمل بعد جداد
الثمره لم افسخ بقيه المساقاه وله استعمال الحولين الباقيين وله فيهما مساقاه
مثله ولا افسخها بعد تمام العام الثاني اذ قد يقبل ثمره الثاني وتكمل في
الثالث فاعلمه وهذا كاحد العرضين قراضا ان ادرك بعد بيعه وقبل
ان يعمل فسخ وله اجر مثله في بيعه وان عمل فله قراض مثله مع اجره بيعه
عمران في الموازيه ان ادرك قبل جني ثمره قابل فسخ واخذ اجاره مثله ونفقته
وان لم يفسخ حتى اتت ثمره قابل لم يفسخ الى بقيه السنتين لحصول الفوات بظهور
ثمره عام من اعوام المساقاه وهو مخالف لما فوق هذا فتامله وقوله
المزارعه قال الجوهري الزرع واحد الزروع وموضعه مزرع
ومزدرع والزرع ايضا طرح البذر والزرع ايضا الانبات يقال ازرعه
الله اي انبته ومنه قوله تعالى انتم تزرعونه ام نحن الزارعون ويقال
للصبي زرعه الله اي جبره وازدرع فلان اي احترث وهو افتعل الا
ان التا لما لان مخرجها فلم توافق الزاي لشدتها ابدلوا منها دالا لان
الدال والزاي مجهورتان والتا مهموسه قال والمزارعه معروفه قلت وهي
في عرف الفقها واهل الزمان المفاعله في شركه الحرث وخرج البزار عن ابي
هريره قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقولن احدكم زرعت وليقل
حرثت وفي الصحيح من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغرس
مسلم غرسا ولا يزرع زرعا فاكل منه انسان ولا دابه ولا شي الا كانت له
صدقه وقد تقدم السبب في ترك المولف تعريفها قبل وهي دايره بين الاجاره
والشركه والاقرب عندي انها شركه حقيقيه الا انها مركبه من شركه الاموال
والاعمال واضطرب المذهب هل هي عقد لازم او جايز وقوله والمشهور

جوازها

جوازها وان لم يشتركا في الدواب والالة ه هما روايتان عن مالك في المدونه
والاصل هو الشاذ لان الذي تكون به الشركه لابد ان يكون ضمانه منهما
فان لم يشتركا فيه لم يضمن كل واحد منهما الا الذي اخرجه خاصه والذي
رايته من النسخ هو اثبات الواو في قوله وان لم والصواب حذفها لان اثباتها
موجب لان يكون الخلاف المذكور مع وجود الشركه في الالة وليس كذلك
وانما هو اذا لم يكن بينهما شركه في الالة والله اعلم وكان الاولى بالخبر
هذا الفرع بعد الشرط الذي يذكره الان لوجوب العنايه بالمتفق عليه
قبل المختلف فيه وقوله وشرطها السلامه من كرا الارض بما يمنع
كراوها به ه يعني ان شرط المزارعه هو السلامه من كرا الارض بما
تنبته ومن كرايها بالطعام وعباره اكثرهم في هذا الموضع السلامه
من كرا الارض بما يخرج منها وانما عدل المولف عن ذلك والله اعلم لانه
اعتقد ان هذا الكلام لا يجمع كل المقصود لان الارض مما يمنع كراوها بما
يخرج منها فعدل الى العباره التي ذكرها والظاهر اعتبارهم في هذا الموضع
لا تعقب فيها لان السمن وشبهه من الطعام لا مدخل له في المزارعه عاده
ولا شرعا وما هو بهذه الصفه لا يحتاج الى ذكره ولا الى التحرز منه وقد
تقدم لنا ان بعضهم يقول كلما تطلب السلامه منه فلا يعد في الشروط
التحرز منه وانما يحسن عده في الموانع وذلك حسن من قايليه فلهذا لا
ينبغي ذكر هذا الكلام بجملته على الطريق التي ذكرها المولف والله اعلم
وخالف الداودي احمد بن نصر في ذلك فاجاز المزارعه ولو ادت الى كرا
الارض بما يخرج منها وقوله فمتى كان جزء من البذر في مقابله جزء من الارض
فسدت يعني فيلزم من اشتراط السلامه التي ذكرها انه متى كان جزء من
البذر عوضا عن الارض او عن جزء منها فان المزارعه فاسده لما تقرر
في غير هذا الموضع من منع كرا الارض بذلك ومن هذا ما ذكر سحنون وابن

في هذا الموضع

كذا ع

حبيب اذا اشترك اثنان اخرج احدهما الارض وثلث البذر على ان العمل على
احدهما وثلثي الزريعة في مقابلة جزء من الارض وذلك اذا اخرج احدهما
ثلثي الارض وثلث البذر واخرج الاخر ثلث الارض وثلثي البذر والعمل والزرع
بينهما نصفين قال سحنون وكانه اكرى سدس ارضه ببذر صاحبه وقوله
وفي ارض لا خطب لها قولان ٥ لا يريد انهما تساويا فاخرج احدهما البذر
والعمل وزاد صاحب البذر الارض على ان الشركة بينهما على النصف فان هذا
الفرع يذكره بعد هذا وكلامه هنا لا يحتمله وانما يريد ما يمكن ان
يستدرك به عليه في شرط السلامة وهو اذا اخرج احدهما العمل والارض
والاخر البذر فان الارض ان كان لها خطب لم يجز وان كان ليس لها خطب ولا
بال ففي ذلك قولان احدهما الجواز بناء على ان ما لا خطب له لا يضر تطول احدهما
به في العقد والقول الثاني وهو مذهب ابن عبدوس ان ذلك لا يغتفر في هذا
الموضع لما يؤدي اليه من كرا الارض بما يخرج منها وانما يغتفر في شرط
الاعتدال فلا يخرم هذا الشرط اذا تطاول احدهما باليسير وقوله
ويشترط ان يكون ما يقابلها معادلا لكرائها على المنصوص وقيل الا ان
لا خطب له ٥ الضمير المنصوب من قوله يقابلها والضمير المخفوض من قوله
لكرائها راجع الى الارض وفي اشتراطه المعادلة بين مقابلها وبين
كرائها ولم يقل انه تشترط المعادلة بين مقابلها وبينها وان كان ذلك
هو الاصل واليه يؤول كلامه زيادة تاكيد في طلب المساواة لان المعادلة
على الوجه الذي ذكره ادل على اشتراط طلب التقويم من الوجه الذي ترك
فان قلت فهل يظهر فرق بين قوله في الشرط الاول وشرطها السلامة وذكر
ذلك بلفظ المصدر وبين قوله ثانيا ويشترط ان يكون ما يقابلها معادلا
وذكره اياه بصيغة الفعل قلت يحتمل ان يكون سبب ذلك هو ان شرط
صحة المزارعة التي يختص بها عن انواع الشركة انما هو السلامة مما ذكره

واما

واما المعادلة والمساواة فمطلوبة في سائر انواع الشركة فلذلك اضاف
الشرط الاول الى المزارعة لظهور الاضافة في الاختصاص ولم يفعل
ذلك في الشرط الثاني والله اعلم ولفظه وقيل باثر قوله المنصوص وقد
قدمنا العذر عنه مرارا قال سحنون وما روي عن مالك وغيره من اصحابنا
انه لا يجوز الشركة الا بالاعتدال فصواب لان سنة الشركة التساوي
فاذا خرجت عن ذلك خرجت عن حد ما ارخص فيه منها وصارت اجارة
فاسدة قال وانما التفاضل الذي يرجع فيه بعضهم على بعض بكرائه
ان يتفضل بشيء مفرد لا عوض للاخر فيه فاما لو اعتدلا في البذر واخرج
هذا الارض وهذا العمل وكراء ذلك يختلف بما يكثر او يقل فلا تراجع
فيه لان العمل ان كان اكثر من كرا الارض فلم يكر نصف ارضه الا
بنصف عمل الاخر وبقره وقال ابن حبيب وجه العمل في المزارعة ان
يعتدلا فيما اخرجاه من الزريعة وجميع ما يحتاجان اليه فان تفاضلا
في ذلك فانظر فان عقدا على ان يعتدلا ويتكافا فاجاز ما فضل به الاخر
صاحبه طوعا قل او كثر اذا اعتدلا في الزريعة ثم تفاضلا في غيرها
وسلما من ان يكون للارض كراء من الزريعة وقال سحنون اذا صح العقد
جاز ان يتفاضلا ولم يفرق بين زريعة ولا غيرها وهذا الذي ذكرنا
من الخلاف مغاير القول الثاني الذي ذكره المؤلف ان كان لفظ وقيل ثابتا
وقوله ولو كانت الارض منهما والبذر منهما وتساويا في العمل او البذر
من عند احدهما ومقابله على يساويه جاز خلافا لابن دينار وقيل يغتفر
وقيل
اليسير فيهما والكثير في الثانية ٥ هذان صورتان ذكرهما المؤلف
كالتفريع على ما تقدم وليستظهر بهما على الخلاف الذي ذكره فيهما
فالصورة الاولى ان يخرجا معا الارض من عندهما على ذمته او منفعة
وكذلك البذر بينهما وهما متساويان في ذلك كله بدليل قوله وتساويا في

في العمل ولا اشكال في جواز هذه والصورة الثالثة ان يكون البذر من عند
احدهما ومن عند الاخر العمل وهو مساو للبذر والارض منهما وهما
ايضا فيها متساويان وهذه الصورة دون الصورة التي قبلها لانه لا يعلم
في الاولى خلاف منصوص في المذهب واما الثانية ففيها اولا احدى الروايتين
السابقتين عن مالك حيث قال المولف والمشهور جوازها وان لم يشتركا في
الدواب والالة الا ان المولف جمع هنا بين هاتين الصورتين واجاب عنهما
بجواب واحد وهو الجواز وحكى فيه خلاف ابن دينار وظاهره ان الخلاف
في الصورتين معا وانما حكاه سحنون اعني خلاف ابن دينار في الصورة الثانية
ولم ينقل احد فيما رايته عن ابن دينار خلافا في الصورة الاولى ففي كلام المولف
ما تراه من ايهام اعادة الخلاف الى الصورتين وايضا فيتعذر ان يتناول له
متناول قصر الخلاف على الصورة الثانية كما نقلناه فليس في ذكر خلاف
ابن دينار هنا كبير فايدة سوى انه سمى المخالف والا فقد كان يستغني عن
افادة الخلاف بقوله في صدر هذا الفصل والمشهور جوازها وان لم
يشتركا نعم لو ذكر هناك السبب في منع المزارعة عند مالك وهو انتفا
الضمان لما اخرجاه كما قدمنا وذكر هنا سبب المنع عند ابن دينار وهو
الغرر المودي الى كرا الارض بالبذر لكان حسنا كما فعل سحنون في المسلمين ولما
ذكر سحنون الصورة الثانية والجواز فيها عن مالك قال باثره ولم يجزه ابن
دينار وخالف فيه مالكا وجعله مثل عرض وذهب بذهب قال سحنون هذا
جابر لخلاف المراطلة ولعل المولف لما راى ان المانع عند ابن دينار هو
الغرر المودي الى كرا الارض بالبذر وراى تقرير الغرر في الصورة الاولى
مما حمله ذلك على اعتقاد خلاف ابن دينار في الصورتين معا لكن
هذا المعنى وطرده مانع من كثير من المسائل المتفق على جوازها في شركة
العين وغيرها فان قلت مجيبا عن اصل السوال الوارد على المولف في ايهامه

مخالفه

مخالفة ابن دينار في الصورة الاولى ان في كلام المولف ما يزيل ذلك الايهام
وهو قوله وقيل يغتفر اليسير فيهما الا ترى ان قوله فيهما راجع الى الصورتين
معا فدل على ان خلاف ابن دينار مقابل ولا يتم تلك المقابلة الا بان يكون
خلاف ابن دينار في احدى الصورتين ولا يمكن رجوع ذلك الخلاف الى الاولى
وحدها لما في ذلك من التنافر في الكلام فيتعين رجوعه الى الصورة الثانية
وحدها قلت انما اتى المولف بقوله فيهما لتتم المقابلة بين هذا القول والقول
الذي بعده وهو قوله وقيل والكثير في الثانية فمعنى كلامه اذن ان في
اغتفار الزيادة من احدهما في المسلمين ثلاثة اقوال الاول عدم اغتفارها
مطلقا يسيرة كانت او كثيرة الثاني اغتفار اليسير فيهما الثالث اغتفار
الكثير واليسير في الثانية واغتفار اليسير وحده في الاولى وهذا الخلاف
شبيه بما قدمناه من الخلاف قبل هذا والفرق بين الاولى والثانية عند من
فرق بينهما هو ان الاولى دخلا فيها على حقيقة الشركة دون مبايعة
لاشتراكهما في كل ما يحتاج اليه في المزارعة وذلك موجب لطلب الاعتدال
بينهما فلا يغتفر لها الا اليسير الذي تدعو الضرورة اليه واما الصورة الثانية
فقصدا معا الى المبايعة فيما لم يشتركا فيه والمبايعة مظنة المغابنة
ولا يشترط فيها التساوي ولا يقال ان هذا الكلام يقتضي فساد الشركة والعوض
بجملتها الا ترى ان البيع والشركة لا يجتمعان على اصل المذهب لانا
نقول المبيع الذي يفسد الشركة عندهم هو الخارج عن الشركة كما لو شاركه
في زرع على ان باع له دارا او ثوبا واما ما كان داخلا في الشركة كما اذا
شاركه في الحرث على ان باع له نصف بقر الحراثة ونصف البذر والارض
فان ذلك ليس بمانع نص عليه في المدونة وقد قدمنا ذلك في باب الشركة
وقوله واما لو تبرع احدهما بعد العقد فجائز من غير شرط ولا عادة
كالشركة ٥ يعني ان كل ما قدمه مما يتبرع به احدهما لصاحبه من قليل

او كثير فانما ذلك في اصل العقد واما بعد عقد الشركه فلا باس به لانه
محض تطوع لا يقدح وجوده في دفع الاعتدال الذي هو شرط في الشركه
بخلاف ما كان من ذلك في العقد وهذا يجري على القول بان المزارعه لازمه بالعقد
كالشركه واما على القول بانها منحله اما قبل العمل او قبل العمل وبعده فينبغي
ان يكون حكمه حكم ما هو في نفس العقد قال سحنون اذا صح العقد جاز ان
يتفاضلا وذلك لو سلف احدهما الاخر بعد صحه العقد من غير وأي ولا
عاده قال الشيخ ابو محمد يريد سحنون لان الشركه تلزم بالتعاقد كالبيع وذكر
بعض الشيوخ ان في لزوم عقد المزارعه ثلاثه اقوال يفرق في الثالث بين الشروع
في العمل فتلزم الى منتهاها وبين عدم الشروع فلا تلزم وقوله ولو كانت الارض
من عند احدهما فالغاها وتساويا فيما عداها لم تجز الا فيما لا خطب لها على
المنصوص قد تقدم قبل هذا ان من شرط الشركه المعادله وتقدم
الخلاف فيما اذا ادى ذلك الى كرا الارض بالبذر في شي لا خطب له ومراده
هنا انه اذا خرجا عن المعادله فان كانت الارض من عند احدهما ولا خطب
لها ولا ينبغي قصر ذلك على الارض وحدها بل هذا الحكم عام في كل ما تبرع
به احدهما على صاحبه قال في المدونه اذا كانت الارض لا خطب لها في الكرا
كارض المغرب وشبهها فيجوز ان يلغي كراها لصاحبه ويخرجا ما بعد ذلك
بالسويه بينهما وقال سحنون في كتاب ابنه لا يعجبني ان تلغى الارض بين
المتزارعين وان لم يكن لها كرا ولولا ان مالكا قاله لكان غيره احب الي
منه فان اراد المولف بمقابل المنصوص قول سحنون هذا فليس بتخريج ولا بنص
في الخلاف وقوله فلو كانت الارض من احدهما مع جميع البذر او بعض
البذر والعمل على الاخر فان كان للعامل نسبه بذره او اكثر جاز والا فلا
اشتمل كلامه هنا على مسايل احداها ان يكون الارض والبذر كلاهما
من عند واحد والعمل من عند الاخر وحكي في هذه الصوره الجواز

وحكي

وحكي اللخمي فيها عن سحنون الجواز وعن محمد وابن حبيب المنع وهذه مساله
الخماس ببلادنا وقد قال فيها ابن رشد ان كانا عقدا بينهما بلفظ الشركه
جاز بالخلاف وان كان بلفظ الاجاره امتنع بلا خلاف وان كان العقد عري
عن اللفظين فاجاز ذلك ابن القاسم ومنعه سحنون وراي ان هذا هو
تحقيق نقل المذهب في ذلك والمساله الثانيه التي اشتمل عليها كلام المولف ايضا
ان يكون من عند احدهما الارض وبعض البذر ومن عند الاخر العمل
مع بقيه البذر فهذه الصوره ايضا جايزه بشرط ان يكون لصاحب
العمل من بذر وصاحب الارض نسبه بذره فاكثر فاما نسبه بذره فكما
اذا اخرج كل واحد منهما نصف البذر واما اكثر فكما اذا كان على صاحب
الارض ثلث البذر وعلى صاحب العمل ثلثاه وذلك انه يكون ثلث البذر
مما اخرجه رب الارض في مقابله ما اخرجه العامل من البذر وهو الثلث
ويبقى في جانب صاحب الارض ثلث البذر مع جميع الارض مقابلا لعمل
العامل بخلاف العكس اذا كان ثلثا البذر في جانب مخرج العمل فانه يكون
احد الثلثين من البذر مقابلا للثلث الذي اخرجه رب الارض ويبقى في
جانب العامل العمل وثلث البذر كلاهما مقابل للارض وذلك كرا الارض
بما يخرج منها مراد المولف بقوله فان كان للعامل نسبه بذره فاكثر
جاز اي فان كان للعامل من البذر نسبه بذره فاكثر لانه يخرج من البذر
نسبه بذر رب الارض فاكثر لانه اذا كان ذلك اكثر ادى الى ما قلناه
من الفساد ويكون على ما فسرنا به كلامه الضمير المخفوض الذي اضيف
اليه بذره عايدا على العامل لا على رب الارض وقد يقع في بعض النسخ عوض
قوله فان كان للعامل فان كان العمل ولا يظهر له كبير معنى الا على تكلف وقد
قدمنا قبل هذا معنى هذه المساله الثانيه التي ذكرها المولف هنا وقوله
والعمل المشترط هو الحرث لا الحصاد والدراس على الاصح لانه مجهول وعن ابن

القاسم والحصاد والدراس القول بالمنع لسحنون والقول بالاجازه هو من
روايه حسين ابن عاصم عن ابن القاسم كما ذكره المولف وما احتج به سحنون من
الجهاله ظاهر باعتبار الدراس وفيه نظر باعتبار الحصاد الا ان عقد
الشركه لا بد فيه من مسامحه في الغرر واللبس هو في العمل مثل عقد الاجاره
وزاد في روايه حسين ذكر نقل نصيب رب الارض والبدر على العامل
وهذا ينبغي ان يجوز شرط نقل الزرع على العامل عند من اجاز شرط
الحصاد والدراس وهو اقرب الى الجواز من نقل نصيب صاحب الارض وقوله
والبذر المشترك شرطه الخلط كالمال يريد بالمشترك ان يكون
كل واحد منهما شرط على صاحبه اخراج حظه من البذر وقد يقال انه
لا معنى لهذا الوصف لان البذر اذا كان من عند احدهما لم يكن فيه شركه
لتطلب فيه شرط الخلط ولا يطلب فان قلت ما الذي افاده تشبيهه بالمال
قلت هو ما قدمه في كتاب الشركه بالمالين حيث قال ولا بد من خلط المالين
تحت ايديهما او احدهما فانه هنالك لا يريد بذلك الخلط ما يتبادر الى
الذهن من جعلهما في وعاء واحد بحيث لا يتميز كل واحد منهما عن الاخر
وانما يريد ما هو اعم من هذا او من جمعهما في بيت فتميز بين فهذا القدر
كاف في حصول ذلك الشرط حتى يكون الضمان منهما معا من الشريكين
فلو لم يقل المولف في مسله البذر هذه كالمال لتبادر الى الذهن الوجه
الاول من هذين الوجهين وهو ان يكونا بحيث لا يتميز احدهما عن صاحبه
حتى قال في كتاب ابن سحنون انه يكفي في ذلك حمل البذرين الى الفدان
وسكت المولف عن قول ابن القاسم في هذه المسله المشتركه جايزه
خلطا او لم يخلطا على ما حكاه عنه بعض القرويين وانظر ذلك
لاحتماله جواز الاقدام على ذلك ابتدا واحتماله انه ممنوع اولا لكنه
اذا وقع مضى وهذا هو الظاهر من تفريعه وقوله فان اخرجاه

معا وبذراه فقيل كالخلط وقيل ان علمت النواحي فلكل واحد نبت بذره
ويتراجعان في الاكريه والعمل يعني فان اخرج كل واحد منهما نصيبه
من البذر وزرعه في فدان فمعنى مطلق الاخراج حصلت المعيه لانهما
او صلاه معا الى الفدان في وقت واحد فانهما لو فعلا ذلك لصحت الشركه
على ما فهمه الان عن ابن سحنون فاذا زرع كل واحد ناحيه ببذره فقيل
الشركه بينهما ثابته وهو معنى قول المولف فقيل كالخلط وتصور القول
الثاني ظاهر وقوله وعلى الصحه لو لم ينبت بذر احدهما فان غر لم يحتسب
بمثله وعليه مثل نصف النابت وان لم يغر فعلى كل واحد مثل نصف بذر
الاخر والزرع بينهما فيهما يريد انا اذا فرعنا على القول الاول بصحه الشركه
فنبت بذر احدهما ولم ينبت بذر الاخر فلا يخلو اما ان يكون من اخرج البذر
الذي لم ينبت غارا او غير غار فان كان غارا في ذلك فعليه مثل نصف النابت لصاحبه
ولا عوض له في بذره الذي لم ينبت وان لم يغره فعلى الذي لم ينبت بذره
مثل نصف بذر النابت وعلى الذي نبت بذره مثل نصف بذر الذي لم ينبت
وهذا هو معنى قول المولف فعلى كل واحد منهما نصف بذر الاخر ثم يكون
الزرع بينهما في الوجهين معا ويستوي في ذلك الغرور وعدمه وهو مراد
المولف بقوله فيهما وسكت في الروايه عن رجوع المغرور على الغار بقيمه
نصف العمل فيما لم ينبت ان كان العمل على المغرور وينبغي ان يكون له الرجوع
بذلك لانه غرور بالفعل والله اعلم قيل هذا كله اذا لم يعثر على ذلك
الا بعد انقضا ابان الزراعه ولو علم بذلك في ابان الزراعه وقد غر هذا
صاحبه فالضمان من الغار وعليه ان يخرج مكيلتها من زريعه تنبت فيزرعها
في ذلك القليب وهما على شركتهما ولا غرم على الاخر للغار وان لم يكن غره
فليخرجا جميعا قفيزا اخر فيزرعاه في القليب ان احبا وهما على شركتهما

قال ابن سحنون عن ابيه لا تجوز في المزارعة ان يخرج هذا قمحا وهذا شعيرا او سلتا
او صنفين من القطنية يخرج كل واحد صنفا ويعتدلان فيما بعد ذلك فان نزل
ذلك فلكل واحد ما انبت بذره ويتراجعان في الكرية وقد قال بعد ذلك
تجوز الشركة بان يخرج هذا قمحا وهذا شعيرا في المزارعة وفي شركة التجارة
اذا اعتدلت القيمة وبالدنانير والدراهم وقوله وفي الفاسد ان تكافا في
العمل فبينهما ويتراجعان غيره وان كان البذر من احدهما مع العمل فالزرع له وعليه
الاجرة ⁂ لما انقضى الكلام على حكم المزارعة الصحيحة اتبعه بالكلام
على الفاسد ويتحلى فيها طريقين احداهما تفصيلية والثانية اجمالية وقد علمت
شروط الصحيحة مما تقدم وان المتوقف على شرط ينعدم بانعدام ذلك الشرط
او بانعدام جزء من اجزائه كما ينعدم بانعدام السبب او بانعدام جزء من اجزائه
او بقيام مانع فلذلك كثرت المزارعة الفاسدة واختلفت احكامها ودرجت
الطريقة الاولى على الثانية وابتدا المولف بذكرها واتى بثلاث صور
الصورة الاولى ذكر فيها التكافو في العمل وهذه الصورة وان كان كلامه
قابلا فيها لامور فالمتبادر الى الذهن منها ان يكون لاحدهما الارض وللاخر
البذر والعمل بينهما وقد علمت ان فساد هذا الوجه انما جاء من اختلال
شرط السلامة من كرا الارض بالبذر فاذا وقعت هذه الصورة فان
عثر عليها قبل العمل وكذلك كل صورة فاسدة في هذا الباب فانها تفسخ وان
لم يعثر عليها حتى فات بالعمل فقال المولف الزرع بينهما وهو مراده بقوله
فبينهما ويكون على كل واحد منهما نصف ما اخرجه صاحبه منفردا فيكون
على دافع البذر نصف كرا الارض وعلى دافع الارض نصف البذر وهذا
مراده بقوله ويتراجعان غيره فالضمير المخفوض باضافة غير راجع الى العمل
وهذا هو معنى كلام ابن القاسم ومالك فيما ذكره ابن المواز وظاهر كلام
ابن حبيب انه يكون الزرع لصاحب البذر وحده ويكون عليه لصاحب

الارض

الارض كرا ارضه وقيمة نصف العمل قال ابن حبيب واصل هذا ان كل
متزارعين على معادلة وقع في مزارعتهما كرا الارض بالبذر فافسخه
واجعل الزرع لرب البذر وكل متزارعين على غير معادلة سلما من كرا
الارض بشي من البذر فاجعل الزرع بينهما نصفين ويتراجعان في
الفضل فيما سوى ذلك الصورة الثانية من الصور الثلاث التي ذكرها
المولف ان يكون البذر من عند احدهما مع العمل ويكون من عند الاخر
الارض وفسدت هذه بالوجه الذي فسدت به التي قبلها فقال يكون
الزرع لصاحب البذر وعليه للاخر كرا الارض ولم يذكر فيها خلافا
لانه قد صار صاحب البذر والعمل حايزا لما اخرج الاخر وهو الارض
وكانما اكترى ذلك كرا فاسدا فعليه قيمته قال ابن حبيب ولو اشتركا
فاخرج احدهما الارض والعمل على الاخر وجميع البذر على ان له نصفه على
رب الارض لم تجز شرط السلف فان وقع فالزرع بينهما نصفين لانهما
ضمنا الزريعة وتكافا في العمل وكرا الارض ويرجع مخرج الزريعة بنصفها
معجلا على الاخر ونحوه لابن القاسم وقال سحنون الزرع لمسلف الزريعة
وعليه كرا الارض قبض رب الارض حصته من الزريعة او لم يقبض
اذا وقعت الشركة على شرط السلف الا ان يكون اسلفه على غير
شرط بعد صحة العقد وقوله وان كان البذر فقط من الاخر او من اجنبي
فقال ابن القاسم الزرع للعامل وقال سحنون الزرع لرب البذر ثم يقوما زمانا
يلزمهما من مكيلة البذر واجرة الارض والعمل ⁂ هذه هي الصورة الثالثة
وكلامه يدل انها تقع على وجهين احدهما ان يكون البذر والارض
من عند احدهما ومن عند الاخر العمل فان قلت كيف جعلت الارض من عند
صاحب البذر مع انه قال البذر فقط قلت لقوله من المالك وذلك يستدعي
مملوكا ووصف الارض بانها مملوكة اولى من وصف العمل بذلك الوجه الثاني

ان يكونوا ثلاثة البذر من عند احدهم ومن عند الثاني الارض ومن عند الثالث
ثم ان المولف جمع الوجهين واجاب عنهما بجواب واحد فقال عن ابن القاسم ان الزرع
يكون للعامل وحده يريد وعليه في الوجه الاول مثل البذر وكرا الارض
لمخرجها وعليه في الوجه الثاني ذلك وقال عن سحنون الزرع لرب البذر يريد
ويكون عليه في الوجه الاول كرا العمل المتوليه وعليه في الوجه الثاني كرا
الارض لربها وقيمة العمل المتوليه الا ان هذا لا ينطبق عليه قول المولف ثم
يتقومان الى اخره لان الذي وجدنا في النسخ انما هو يتقومان من التقويم ولعله
يتغرمان من الغرم ويكون كلام سحنون قد انقضى بقوله لرب الارض ثم تعرض
المولف بعد ذلك لما يلزم كل واحد منهما على كل قول ولكنه جمع ذلك في
كلام واحد ومراده به ما فسرناه فلا تعيده هذا ظاهر كلام المولف
حسب ما فهمته ولست على وثوق من صحته نقلا ولا نقلا ما لسحنون وان اخرج
احدهما الارض والبذر واخرج الاخر العمل وقيمة ذلك مثل كرا الارض
والبذر جاز ذلك ولم تجز ذلك ابن حبيب قال فان نزل ذلك فالزرع لصاحب الارض
والبذر والبقر وعليه للاخر قيمة عمل يده وكانه اجره بنصف ما تنبته ارضه
ولو قال له تزارع على ان تجعل نصف ما تخرج من ارض وبذر وبقر كرا لنصف
عملك فقد اخطا وجه العمل والزرع بينهما نصفين ويتراجعان في الفضل
لان هذا قد قبض نصف الارض في اجرته وضمنه والاول لم ياخذ شيا وقال
ابن سحنون اذا اشترك ثلاثة اخرج احدهم الارض ونصف البذر والاخر نصف
البذر فقط والثالث البقر والعمل على ان الزرع بينهم اثلاث لم تجز فان نزل
فالزرع على مذهب ابن القاسم بين العامل ورب الارض ويغرمان لمخرج نصف
البذر مكيلة بذره ومذهب سحنون ان الزرع لصاحبي الزريعة وعليهما
كرا الارض والعمل وقال ابن حبيب قد اخطوا ويصير الزرع بينهم اثلاثا
والذي ذكر ابن المواز على اصل ابن القاسم ان الزرع لمن ولي العمل اذا سلمت اليه

الارض

مواساة البذر

الارض ويودي مثل البذر لمخرجه وكرا الارض لربها فهذا هو الذي وجدته
منقولا للمتقدمين فقابله بكلام المولف وقوله وقال الباجي في الفاسدة سته
اقوال الاول لصاحب البذر الثاني للعامل الثالث لمن له اثنان من الارض والبذر
والعمل الرابع لمن له الارض والبقر والعمل الخامس لمن له الاربعة السادس لمن
سلمت من كرايها بالخرج منها فعلى ما شرطوه والا فلصاحب البذر لا
نصح نسبة هذه الاقوال الى الباجي وقايلها هو القاضي ابن رشد ابو الوليد
محمد بن احمد هكذا ذكرها في المقدمات وعنه نقلها ابن شاس وجرى في ذلك
على عادته في حليته بالشيخ ابي الوليد واذا نقل عن الباجي يقول قال القاضي ابو
الوليد وقد قدمنا للمولف مثل هذا واطنه في القواطع ويريد في القول الاول ان
صاحب البذر يغرم لصاحب العمل والارض كرا ما انتفع به وكذلك يغرم
في القول الثاني العامل مثل البذر لصاحبه وكرا الارض ثم كذلك بقية الاقوال
وعلى القول الثالث فلو كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد شيان من الثلاثة او انفرد
كل واحد منهم بشي واحد منها لكان الزرع بينهم اثلاثا وفي نقل المولف للقول
الرابع تغيير لانه جعل الزرع لمن اجتمع له الثلاثة التي ذكرها وهي في
الموضع الذي نقل منه وهو كلام ابن شاس وكذلك هو في المقدمات لمن اجتمع
له اثنان من ثلاثة الارض والبقر والعمل ولا فرق بين هذا القول وبين الذي
قبله سوى ان احد الثلاثة هنا البقر واحد الثلاثة في الذي قبله البذر وكذلك
وقع التغيير في نقله للقول الخامس عن الكتابين المذكورين فان الذي فيهما هو ان
من اجتمع له شيان من اربعة وهي الارض والبذر والبقر والعمل والمولف جعل
الزرع لمن حصل مجموع الاربعة ولعله من تغيير النقلة عن المولف ولولا الذي
ذكرناه لكان كلامه منصورا الا يقال ان كلامه في القول الخامس لا يصح ايضا
تصورا اما اولا فلان الاربعة لم تجر لها ذكر في كلامه حتى تحمل عليها واما
ثانيا فلان من اجتمعت له فقد حصلت له اصول المزارعة اذ لا اصل لها غير هذه

التكايين

الاربعه ثمن هو الذي يسقط حقه ويحرم من الزرع لانا نجيب عن الاول بان الاربعه
قد جاز ذكرها في مجموع القول الاول والرابع وكذلك في مجموع القول الثالث والرابع
اذا حذف المكرر فيكون الالف واللام جنسية للعهد ونجيب عن الثاني بان حصول
مجموع هذه الاربعه لاحدهما او لاحدهم لا يلزم ان يكون كل واحد من تلك
الاربعه حاصلا له بجملته اذ من الجائز ان يكون معه شريك في كل واحد منها
او في بعضها. واما القول السادس فهو لابن حبيب وقد قدمنا معناه
ومعنى قوله هنا ان يسلمت من كرائها بما يخرج منها فعلى ما شرطوه اي بعد
تراجعهم وتعادلهم فيما اخرجوه وبهذا تكون الشركة فاسدة عنده لانه
نوع من الفسخ في تسميتها مجا ولولا ذلك لكانت في القسم الاول مكروهه وفي
الثاني محرمه ولا خفا بكثرة صور المزارعه الفاسده ولان مجموع هذه
الاقوال السته لا يمكن حصوله في كل صوره من تلك الصور
وقوله الاجاره قال الجوهري الاجر الثواب تقول اجره الله
ياجره ويأجره اجرا وكذلك اجره الله ايجارا واجر فلان خمسه من ولده اي ماتوا
فصاروا اجرا والاجره الكرا تقول استاجرت الرجل فهو يأجرني ثماني حجج اي
يصير اجيري وجمهور الامه على جوازها وظواهر الكتاب مع نصوص السنه
تدل على صحتها قال سبحانه وتعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وقال ورفعنا
بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا وقال على ان تاجرني ثماني
حجج الى غير ذلك من الاي ومن السنه قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا
فليلـ
فليعلمه اجره وقال اوفوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه والاحاديث
في ذلك كثيره وقد تقدمت احاديث المساقاه وخالف فيها نسبه بعضهم الى البدعه
وقد تقدم السبب في ترك المولف رسمها وقوله كالبيع فيما يحل ويحرم يتعقب
عليه هذا التشبيه لانه ان اراد ما يحل في البيع او يحرم يحل في الاجاره او يحرم
فليس كذلك وهذا يعلمه من له ادنى مشاركه في الفقه ولولا المخالفه التي بين البيع

والاجاره لا يستغنى باحدهما عن الاخر في الفقه واجيب عن هذا بان مقصوده
بهذا الكلام الخصوص وان كان ظاهره العموم وان التشبيه انما يقع
على عوض المنفعه مع عوض المبيع ورد هذا الجواب بانه كان يلزم عليه
التكرار لو اراده المولف الا ترى الى قوله بعد هذا الاجره كالثمن وقوله
الاول العاقدان كالمتبايعين يعني للاجاره اركان الاول منها العاقدان
وتشبيهه اياهما بالمتبايعين يحتمل ان يريد به في التمييز والرشد واستثناء
السكران في قول كما تقدم في البيوع لا في الزياده على ذلك من الشروط المذكوره
في البيع وقد وقع في المذهب ان للسفيه البالغ مواجره نفسه ووقع ايضا
لمطرف وابن الماجشون لا باس ان يستاجر الرجل الغلام لم يبلغ الحلم والجاريه
لم تحض من انفسهما اذا عقلا وكان ما فعلا نظرا ويدفع اجارتهما اليهما
ويبرا بذلك الدافع ما لم يكن شيا له بال وما كان في اجارتهما من محاباه فعلى
فعلى المستاجر اتمامها كان معهما ولي او لم يكن وكذلك اذا عقد عليهما اخ او
عم يجوز من ذلك ما يجوز اذا عقداه ويبرا بذلك اذا كان الولي مامونا ولو كان
وليا من الامام كان احب الينا وقاله ابن عبد الحكم واصبغ ولا يبرا الا المامون
وقوله الاجره كالثمن هذا هو الركن الثاني وهو عوض المنفعه ونسبتها
من هذا العقد نسبه الثمن من البيع لما قدم تشبيه العاقدين في الاجاره
بالمتبايعين واراد انه يشترط فيهما من الرشد ما يشترط في المتبايعين شبه
هنا ايضا الاجره بالثمن في البيع وقد ذكر في البيع ان المعقود عليه لا بد
ان يكون طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما ومثل ذلك يشترط
في الاجره هنا عند الجمهور وقد اجاز جماعه من العلما الجهاله في الاجره
اعتمادا منهم على ان المساقاه والقراض اجاره والعوض فيهما مجهول وراي
الجمهور ان هذين العقدين رخص فيهما الشرع للحاجه اليهما فلا يلحق
بهما غيرهما مع ان ظاهر الحديث الذي قدمناه من قوله صلى الله عليه وسلم

من استاجر اجيرا فليعلمه اجره يدل على مخالفة هذا العقد للقراض والمساقاة
فان قلت كلام المولف دال على ان كل ما يصلح ان يكون ثمنا في البيع فانه يصلح ان
يكون اجرة وهذه الكلية منقوضة بالطعام وشبهه مما لا يصلح ان يكون
اجرة ويصح ان يكون ثمنا في البيع قلت مراد المولف هنا بالتشبيه ان كل ما
يصلح للتثمين من حيث هو في البيع فهو صالح لان يكون عوضا في الاجارة
الا ان يعرض لذلك مانع من الموانع وهذا كما لا يصح النقض في المعقود عليه
في البيع اذا اجتمعت فيه الاوصاف السابقة بان يقال انه لا يصح ان يكون
عوضا في بيع ما الرطب بالتمر وشبهه ذلك من العوارض التي تعرض له فكذلك
لا يصح نقض كلية الاجارة بما ذكره السايل اذا عرض لها مانع تما على ان المسالة
كرا الارض ترجع عند من منعها اما الى الربا واما الى المزابنة على ما هو معلوم
في موضعه وقوله ولا تتعجل الا بشرط او عادة الا ان يكون عوضا معينا
او على اجارة مضمونة ۞ يعني انه لا يلزم تعجيل الاجرة وعبر بنفي التعجيل
عن نفي لزومه واستثنى منه ان يكون هناك شرط او عادة تدل على التعجيل
فيلزم حينيذ عملا بالشرط او بدلالة العادة القايمة مقام الشرط ثم استثنى
من اصل الكلام امرين اخرين يجب فيهما التعجيل احدهما ان يكون العوض في
الاجرة عوضا معينا لانه لو لم يتعجل هذا العوض لادى الى فساد العقد
لما يلزم عليه من بيع معين يتاخر قبضه وهو باطل الثاني ان تكون المنفعة
المعقود عليها مضمونة في ذمة دافعها كراحلة بغير عينها فيجب حينيذ
تعجيل الاجرة التي في الاستثنا الاول من قبل الشرط لفظا او عادة والتي في
الاستثنا الثاني من قبل الشرط الشرعي فان قلت فعلى هذا التقدير كان حقه
ان يعطف العوض المعين والاجارة المضمونة على ما قبلها لان لزوم التعجيل
انما اتى من جهة الشرط لا من مطلق العقد قلت لو عطفها لكان لا يلزم
التعجيل في العوض المعين وما بعده الا بشرط وليس كذلك فان ما اشتمل عليه

الاستثنا

الاستثنا الثاني يلزم فيه التعجيل مع اطلاق العقد لاجل ان اللزوم فيه شرعي
وهذا هو شان ما يكون فيه مشترطا شرعا فان الحقيقة الشرعية تستلزمه
بخلاف ما لا يكون لازما الا باختيار المكلف فلا بد من التعرض له بالشرط
والاسقاط وقد مضى الان في قولنا ان الراحلة غير المعينة والكرا المضمون
كالسلم يلزم تقديم العوض فيه والا دخله بيع الدين بالدين هذا هو
الاصل الا ان مالكا اختلف قوله في مسالة بسبب ضرورة عارضت فيها
وذلك ان ابن المواز حكى عنه فيمن تكارى كرا مضمونا الى اجل مثل الحج في غير
ابانه قال فلا يجوز ان يتاخر النقد ولكن يعجل مثل الدينارين ونحوهما وكان
يقول لا ينبغي الا ان ينقد مثل ثلثي الكرا في مثل هذا المضمون الى اجل ثم
رجع فقال قد اقتطع الاكريا اموال الناس فلا باس ان يوخروهم بالنقد
ويعربونهم الدينار وشبهه قال الشيخ ابو محمد يريد ولو كان مضمونا بغير اجل
وشرع في الركوب جاز بغير نقد لان قبض اوايل الركوب كقبض جميعه اذ هو
اكثر المقدور عليه في قبضه فعلى تفسير الشيخ ابي محمد لا يلزم تعجيل النقد
في مسالة المولف اذا شرع الاجير في العمل وانما يلزم تعجيله اذا كان العمل
لم يشرع فيه وهو موجل وقوله ومنافع العين كالعين ۞ يعني ان حكم
منافع المعينات في كونها عوضا في الاجارة حكم المعين ومراده بالعين
المعين لانه لما اضاف المنافع الى العين صار ذلك قرينة تشبه مقابلة
المنافع بالعين وهو لو قابل المنافع بالعين لما فهم من العين الا الذات فكذلك
مع الاضافة والله اعلم وقوله ولذلك جاز سكنى بسكنى واولهما متفق
او مختلف ۞ لما قرر ان منافع العين تشبه العين ولم يبين في اي شي ذلك
التشبيه ذكر هذا الفرع ليبين به الوجه الذي وقع التشبيه فيه على
انه اتى به كالثمرة لما تقدمه والامر في ذلك قريب فاخبر ان اكترا دار
للسكنى بسكنى دار اخرى جايز سواء كان اول سكنى الدارين متفقا او ابتداها

من يوم العقد او بعده بشهر او مختلفا كما لو كان اول احداهما يوم العقد
واول الاخرى انقضا شهر من ذلك اليوم الى غير ذلك من الامثله ولو اتى بالمثال
في غير السكنى لكان احسن لان الربع يصح بيعه على ان يقبض بعد اجل طويل
ولا يدخله علة بيع معين يتاخر قبضه فكذلك منافعه ولا يكون ايضا
الا معينا في جميع احواله ولا يكون مضمونا ومنافعه في ذلك تابعة لاعيانه
والرقيق والدواب وغيرها تكون معينه ومضمونه ولا يجوز بيعها على
ان تقبض بعد اجل طويل ومنافعها ايضا تابعه لاعيانها في الضمان والتعيين
والتعجيل والتاجيل فجعلها مثالا لهذه المسله اتم فايده لقبولها الصحه
والفساد وتعداد المسايل وقوله فان لم يكن بشرط ولا عاده اخذ مياومه
يعني فاذا عدم ما استثناه اولا من الشرط والعاده اخذ منابه كل يوم
باجره ولا معنى للاقتصار على ما استثناه اولا لان ما استثناه ثانيا بقوله
الا ان يكون عرضا معينا او اجاره مضمونه شيا ولكن الاستثنا الاول في
ذلك ويحتمل ان يقال انما اعرض عن التنبيه على اسقاط الاستثنا الثاني لان
معنى الاستثنا الاول يمكن تصوره في هذا النوع من اخذ منابه كل يوم
باجره ولا يتصور مثل ذلك في الاستثنا الثاني لان العرض المعين لا ياتي
اخذ منابه كل يوم فيه الا بمشاركه وشبه ذلك من التكلف وتامل قوله
مياومه وهو كلام ابن القصار هل المراد حقيقته او مراده مهما سار
شيا او سكن شيا اخذ بحسابه وكلام المولف بظاهره يتناول الصانع
بل الاجره حقيقته في العرف مقصوره عليها والمذهب ان الصانع لا يستحق
الاجره عند الاطلاق الا بعد تمام العمل نعم خرج بعض الشيوخ على قول
ابن المواز في الصانع يفسد المصنوع بصنعته وياخذ الاجره بكمالها
ان يكون حكمه عند التنازع في قبض الاجره حكم مكري الراحله مهما
عمل شيا من الصنعه اخذ بحساب ما عمل وقوله وان كان على عرض معين

والعرف

والعرف التاخير فقال ابن القاسم فسد وقال غيره يصح ويحمل بنا على الاطلاق
لا على العرف المودي الى فساد امره معنى هذا الكلام ان الكرا اذا انعقد على شي
من العروض المعينه وكان عرف البلد عندهم تاخير العرض فاختلف ابن القاسم
وغيره في فساد عقد هذه الاجاره فراى ابن القاسم ان الحكم فساد العقد
لان الغرض ان العرف التاخير وهو مستلزم لبيع معين يتاخر قبضه والعرف
عنده مقيد للمطلقات سوا عينها لنوع من الصحه او الفساد وراى غيره ان
العرف لا اثر له في تعيين احد الوجهين الصحيح ولا ينصرف الى تعيين الوجه
الفاسد لان الفساد موجب لحل العقد والغرض ان المتعاقدين اتفقا على
ابرامه وكلام المولف ظاهر في قصر الخلاف على ما اذا كان العرف التاخير وظاهر
المدونه تعديه الخلاف الى اذا لم يكن هناك عرف منضبط بل كان الكرا عندهم
بالمك بالنقد وبالتاخير قال ابن القاسم في المدونه ومن اكترى دابه ليركب
او حمل او اكترى دارا او استاجر اجيرا بشي بعينه من عرض او حيوان او
طعام فتشاحا في النقد ولم يشترطا شيا فان كانت سنه الكرا بالبلد على النقد
جاز وقضي بنقدها وان لم يكن سنتهم بالنقد لم يجز الكرا وان عجلت هذه
الاشيا الا ان يشترط النقد في العقد كما لا يجوز بيع ثوب او حيوان بعينه على
ان يقبض الى شهر ونحو ذلك فان قلت كلامه في المدونه وان كان ظاهرا فيما قلته
الا انه يتقيد بالتشبيه الذي ذكر في اخر كلامه الا تراه قال كما لا يجوز بيع ثوب
او حيوان بعينه على ان يقبض الى شهر وانما يتمشى هذا التشبيه اذا كان العرف
التاخير قلت قد يكون شبه احد الوجهين في المسله وهو الذي الفساد فيه
ظاهر والفساد في الوجه الثاني لاحتماله الصحه والفساد عنده وكلما هو
عنده على هذا الوجه من الاحتمال فهو لاحق بالوجه الذي قبله على انه في
المدونه قال بعد ذلك ومن اكترى الى مكه بعرض او طعام بعينه او دنانير
معينه والكرا عندهم ليس على النقد فقال المكتري انا اعجل الدنانير والعروض

الكرا

والطعام ولذا فسخ العقد فلا بد من فسخه لفساد العقده وقال غيره مثله الا
في الدنانير فانه جايز عنده فانظر قوله والكرا عندهم ليس على النقد فقال
انا لعجل الدنانير والدراهم والعروض والطعام ولذا فسخ الكرا فلا بد من فسخه
لفساد العقده ثم قال غيره مثله فانه يشمل الوجهين اذا كان العرف التاخير
او لم يكن هناك عرف ولعل البرادعي انما كرر المسله لهذا المعنى وهو ان هذا
الكلام المفهوم الذي قبله ولا يقال انه كرره لاجل ذكر الدنانير في هذه
دون الاولى لان قبل هذا الكلام يليه قال ابن القاسم ومن اكترى بما ذكرنا
من دنانير معينه ثم تشاحا في النقد فان كان الكرا بالنقد قضي بنقدها والا
لم يجز الكرا الا ان يشترط تعجيلها هو قول مالك فيمن ابتاع سلعه بدنانير
ببلد اخر عند قاض او غيره وان شرط ضمانها ان تلفت جاز والا لم يجز البيع
كان ان كان الكرا لا ينتقد في مثله فلا يجوز الا ان يشترط في الدنانير
ان تلفت فعليه مثلها ولا يجوز اشتراط هذا في عرض او طعام في بيع
ولا كرا لانه مما يباع بعينه فلا بد في المتاع اي الصفقتين ابتاع ولا
اراد من المال عينه وقال غيره في الدنانير هو جايز وان تلفت فعليه الضمان
وهذه المسله لها فروع ويتعلق بها من الكلام اكثر من هذا ومحل ذلك
المدونه وظهر مما جلبناه منها ان حكم الدنانير في ذلك حكم العرض فان
كان كلام المولف بالراء من قوله على عرض معين ففيه قصور عن المدونه وان
كان بالواو فكلامه موافق لها من هذا الوجه والله اعلم وقوله ولو
استاجر السلاخ بالجلد والناسج بجزء من الثوب والطحان بالنخالة لم يجز
ظاهر كلامه في الجلد انه لا فرق بين ان تكون الشاة حيه او مذبوحه وهو
كذلك ولعله انما منع من ذلك لانه لا يستحقه السلاخ عنده الا بعد السلخ
ولا يدري كيف يخرج هل يخرج سليما من التقطيع او لا وفي اي جهه يكون التقطع
فيه ان كان فذلك غرر لاختلاف الاغراض فيه باختلاف هذه الصفات والا

فقد

فقد نص في سماع عيسى على كراهه بيع جلود الخرفان على ظهورها وذلك والله
اعلم لان المشتري قد ملكها قبل السلخ ويكون السلخ عليه وعلى الذابح
نعم واستقرى من المدونه جوازه حيث اجاز بيع السباع حيه لاخذ جلودها
ولحمها لا يوكل عنده فان قلت لعله انما اجاز بيع السباع لان لحمها عنده
مكروه والمكروه قد يجوز بيعه قلت لو اراد هذا لكره بيعها لان اللحم حينيذ
جز الصفقه وقد صرح بالجواز وايضا فقوله تجوز بيعها لاخذ جلودها
كالتصريح على ان المعاوضه انما وقعت على الجلود والله اعلم واما مسله
النسج فمنعها في المدونه للغرر قال مالك فيها وان واجرته على دبغ جلود او
عملها او نسج ثوب على ان له نصف ذلك اذا فرغ لم يجز قال ابن القاسم لانه
لا يدري كيف يخرج ولان مالكا قال ما لا يجوز بيعه لا يجوز ان يستاجر به قال
اصبغ فان نزل ذلك فله اجر عمله والثوب والجلود لربها يريد اصبغ لانه لم
يجعل له النصف الا بعد الفراغ من العمل فعلى هذا ان فاتت الجلود بيد الصانع
بعد الدباغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدباغ ولربها النصف الاخر
وعليه اجره المثل في دباغ الجميع اما لو دفع اليه نصف الجلود قبل الدبغ
على ان يدبغها مجتمعه فافاتها بالدباغ فله نصفها فله نصفها بقيمتها
يوم قبضها وله اجر عمله في نصفها للتحجير في نصف الرابع وهذا ابين واشار
بعض الشيوخ الى انه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الاخير
اذا شرع في دباغها ويختلف في فواتها بالشروع ايضا لان قبضه لها
حينيذ ليس بقبض حقيقي لانه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه واما
مسله الطحن بالنخاله فانها امتنعت للجهل بقدرها لانه بالجزاف غير
المرئي وبيعه كذلك لا يجوز ولو كان كيلا بان يقول الطحنه ولك صاع من نخالته
فيحتمل ان يخرج على الخلاف في النزع الذي بعده ويحتمل الجواز على القولين
لان صفه الدقيق قد تختلف ولا تختلف صفه النخاله غالبا والنفس اميل

الى المساواه بين الدقيق والنخاله لان من الطحن ما تخرج نخالته لسيره الاجزا ومنه
ما لا يخرج ذلك وقولــه وفي صاع دقيق منه قولان ۞ يعني ان المذهب
اختلف على قولين في جواز الاستيجار على طحن قمح معين بصاع دقيق منه والقول
بجواز ذلك هو قول ابن القاسم في المدونه وابن حبيب والقول بالمنع مذهب ابن
القاسم في كتاب ابن حبيب وقاله ابن المواز ايضا قال اللخمي ولا وجه للمنع وذلك
صورة غيره ما في المدونه وكانهم لم يرتضوا ما حكاه ابن المواز التي سالك فيها
مسلك التفرقه بين البيع والاجاره لان ابن المواز وابن القاسم اتفقا على
جواز ذلك في البيع قال ابن المواز لان المبيع اذا هلك رجع المبتاع بثمنه وفي
الجعل يريد في هذه المسله قد تقدم له عمل فيه ثم هلك فلا يرجع بشي لانه
ليس بمضمون على صاحبه فيذهب عمله باطلا ولو كان مضمونا على صاحبه كان
افسد له يريد لانه اشترط الخلف في المعين واجاب ابن حبيب عن هذا بانه
اذا ضاع بعد الطحن رجع بقيمة طحنه كما يرجع من اشترى ثوبا بعبد
فاستحق الثوب من يده فانه يرجع في عبده ان كان قايما وان فات رجع في
قيمته قال اللخمي فان ضاع القمح يعني وفرعنا على المشهور وكان ذلك قبل ان
يطحن وكان الدرهم مساويا بالقيمه صاع الدقيق او اكثر انفسخت الاجاره فيما
ينوب الصاع لانه عرض بعوض ولم ينفسخ ما ينوب الدرهم وعلى رب القمح ان
ياتي بمثل ذلك ويطحنه له وان لم يعلم الضياع الا من الاجير فراي ابن القاسم
مره في هذا الاصل على انه غيبه فيلزمه ان يغرمه ويطحن جميعه ويأخذ
الصاع منه ومره لم يبلغ به انه غيبه حقيقته يحلف على ضياعه ويغرمه
ولا يطحن الا ما قابل الدرهم قال وان طحنه ثم ادعى ضياعه لم يصدق وغرمه
مطحونا واستوفى منه الصاع واختلف ان شهدت البينه على ضياعه فقال ابن
القاسم لا ضمان عليه ولا اجر فعلى هذا ياتي ربه بطعام ويطحن الاجير ما
ينوب الدرهم بمنزله ما لو لم يطحنه وقيل له الاجر فياخذ الدرهم واجاره المثل

فيما

فيما ينوب الصاع قال ابن حبيب ولا يجوز ان يقول له اطحنه على ان لك نصفه دقيقا
لانه جعل بغرر والاول اجاره بشي معلوم وقولــه ولو ارضعت بجزء من
الرقيق الرضيع بعد الفطام لم يجزه ۞ يعني ان من واجر مملوكا لامراه على ان ترضع
له صغيرا الى تمام رضاعه بنصفه او ثلثه او غير ذلك من الاجزا ويكون
اجرها ذلك الجزء بعد الفطام انه لا يجوز لانه تحجير في العوض ومفهوم
قوله بعد الفطام انه لو كان على قبض العوض في الحال لانتفا ما فرض ما نعا
في الوجه الاخر وقال في المدونه من واجرته على تعليم عبدك القران
والكتب بسنه وله نصفه لم يجز اذ لا يقدر على قبض ما له فيه قبل السنه
وقد يموت فيها فيذهب عمله باطلا وهذا ظاهره موافق لما قاله المولف من
التفصيل بين ان يكون قبض الاجره معجلا او بعد امد طويل لكن قال
الشيخ ابو محمد ولو كان الشرط فيه ان يقبض المعلم نصفه الان على ان
يعلمه سنه لم يجز ولعل سبب ذلك هو ان الصبي لما كان مما يتعين ولو تعذر
تعليمه لموت او غير ذلك لم يلزم ربه خلفه فيصير نقد الاجره فيه كالنقد
في الامور المحتمله بشرط وعلى هذا التقدير سوا كانت الاجره حرا منه او
غير ذلك وبشارك في هذا مسله الرضيع التي ذكرها المولف قال الشيخ ابو محمد
فان وقع هذا الفرع الذي فرضناه وفات بيد المعلم فان كان قبل تمام
السنه فله نصف قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه
ويكون بينهما واما ان نزل الوجه الذي قبله وهو مسله المدونه وعثر
عليه قبل فوات العبد فهو للسيد وعليه قيمة العمل وان عثر عليه بعد فواته
وبعد تمام السنه فالعبد بينهما وعلى الذي علمه نصف قيمته يوم السنه او
على رب العبد قيمة تعليمه ومسله تعليم العبد هذه مساويه لمسله المولف .
وقولــه وتعليمه بعمله سنه من يوم اخذه تجوز ۞ هذه مسله المدونه
قال مالك فيها وان دفعت غلامك الى خياط او قصار ليعلمه ذلك العمل باجر معلوم

ولا باس بذلك قال وذلك ان دفعته اليهم ليعملوه فذلك العمل يحمل العامل من الغلام سنه جاز ذلك قال يحيى ابن عمر السنه محسوبه من يوم الاجره قال غيره اجير معلوم اجوز وقوله واحصد زرعي هذا ولك نصفه تجوزه نصوص كلامه ظاهر ونقلها بعض المختصرين للمدونه وزاد وقال غيره لا يجوز والاقرب الجواز ولاسيما ان قلنا ان نصفه يستحقه الاجير قبل العمل ومثل الزرع جداد النخل ولقط الزيتون قاله في المدونه قال وليس للعامل الترك يريد لانها اجاره وذلك كبيعه قال ابن حبيب والعمل في تدريسه بينهما قال ابن يونس يريد ولو شرط في الزرع قسمته حبا لم يجز وان كان انما يجب بالحصاد فجايز وهذا في كتاب ابن يونس عن سحنون واستغرب بعضهم ما نقلناه عن كتاب ابن سحنون وغيره بان الاصل ان الشروط اذا كانت موافقه لمقتضى العقد لم تؤثر فيه فسادا وقد نزل ذلك هاهنا وذلك ان الزرع عنده اذا صار محصودا لا يقسم الا بعد تدريسه والاجير لا يستحق نصف هذا الزرع الا بعد عمله وحين يستحقه لا يتمكن من اخذ نصيبه الا مهدبا وقد منعوه من اشتراط ذلك وهذا الاعتراض مبني على مقدمات متنازع فيها اما قوله انه لا يملكه الا بعد الحصاد فقد قال ابن القاسم فيمن قال احصد زرعي على ان لك نصفه ثم اصابته النار قبل ان يحصده او بعد ان حصد بعضه هو منهما وعليه ان يستعمله في مثله او مثل ما بقي منه وقال سحنون عليه قيمة نصف الزرع وليس عليه ان يحصد مثله قال اللخمي يريد اذا كان تلافه قبل الحصاد وبتعذر الخلف عليه فهذان القولان قد اجتمعا على انه ملك نصيبه في الزرع قبل العمل على ما تاوله اللخمي لان سحنون انما اوجب عليه القيمة لاجل تعذر الخلف واما قسمة الزرع حزما قبل تدريسه فهو اصل مختلف فيه في الزرع وغيره من الربويات وقوله وما حصدت فلك نصفه قال ابن القاسم تجوز وهي جعاله وله

النزل وقال غيره لا يجوزه يعني اذا قال له رب الزرع احصد فما حصدت من شي فلك منه نصفه او ثلثه او غير ذلك من الاجزا وهذان القولان في المدونه وذكرها الحمد وابتين واحتج للمنع بان العوض في هذه الصوره لا يجوز بيعه وكلما لا يجوز بيعه لا يجوز ان يكون عوضا في الاجاره واحتج للجواز بان هذه المسله تشبه من له على رجل مايه دينار جاله وقال الاخر على وجه الجعاله اقتض ما على فلان فما اقتضيت من شي فلك نصفه او ثلثه وهذا القول اقرب لان الجعاله كعقود متعدده لاخلالها ولو فرضنا اي جزء من ذلك الدين او من الزرع معينا جاز بيعه والاستيجار به والجعاله وقوله واحصد اليوم ولك نصفه لم يجز وقيل يجوز ان فهمت الجعاله احتج في المدونه للمنع اذا لم تفهم الجعاله بجهاله العوض لانه لا يجوز بيع ما يلقط اليوم او يحصده وهو ظاهر واما قول المولف وقيل يجوز ان فهمت الجعاله فقد يتبادر لفهم كثير من الناس انه قول مخالف لصدر المسله وليس كذلك لان صدر المسله مفروض فيما اذا لم تفهم الجعاله بل فهمت الاجاره واللزوم وهذا متفق على منعه نعم هو دال بالالتزام على ان هنالك قولا صريحا بالمنع ولو فهمت الجعاله نص عليه في العتبيه وذلك من بديع اختصار المولف فانه اتى بمسلتين احداهما متفق على منعها وهي التي صدر بها كلامه والثانيه بعدها مختلف فيها نص على احد القولين واشار الى الثاني عبرانه جعل محل الخلاف هو ما اذا فهمت الجعاله والفهم وان كان مستنبطا من صريح اللفظ وظاهره وغير ذلك من موجباته فالمتبادر الى الذهن عرفا منه انما هو ما يكون عن غير صريح اللفظ وقد علمت ان كثيرا من موجبات الصحه وشرطها لا يكفي فيها التفاهم بل لا بد من التصريح بها فاذا صرح بها حصلت الابانه واذا تفاهم المتعاقدان عليها لم تحصل او حصل الخلاف فيها فعلى هذا ليس كل ما كان مختلفا فيه عند التفاهم يكون مختلفا فيه عند التصريح

بشرطه او بسببه وهذه المسالة مختلف فيها مع التصريح باشتراط قول العامل متى شا فاما الجواز كذلك فقد نص عليه في المدونة واما المنع فقد نص عليه في العتبية ولو صرح رب الزرع والعامل باشتراط ما ذكر وما في المدونة اظهر ووجهه ما سبق وقوله وانفض زيتوني فما سقط فلك نصفه لم تجز وجهه ظاهر لان ظاهر الكلام يدل على ان الاجارة والعوض فيها غير معلوم بخلاف ما اذا قال له القط فما التقطت من شي فلك نصفه فانه جايز ووجهه ما تقدم اذا قال ما حصدت من شي فلك نصفه على مذهب ابن القاسم ابن حبيب اذا قال انفض زيتوني او القطه ولك نصفه فهو جايز وحمل ابن القاسم النفض محمل التحريك وليس كذلك واسع وقوله واعصر زيتوني فما خرج فلك نصفه لم تجزه اشار في المدونة الى ان سبب المنع انها اجارة بغير معلوم ولا ياتي ان تكون من باب الجعالة لانه لا يقدر على الترك وابن حبيب وافق على المنع اذا صرح بقوله ما خرج فلك نصفه ونص على الجواز اذا قال اعصر زيتوني واحصد زرعي واطحن هذا الحب ولك نصفه قال وهو محمول على انه ملك نصفه الان حتى يصرح بخلافه قلت هذا على اصله في العقد اذا احتمل الصحة والفساد على ما تقدم في الكرا بعرض معين وقد تقدم ان اصل ابن القاسم في المدونة المنع فلا يبعد ان يمنع ما اجازه ابن حبيب هنا وقوله وقال ابن القاسم لو قال احصده وادرسه ولك نصفه لم تجز ولو باعه زرعا يابسا على ان يحصده ويدرسه لانه بيع حب جزافا لم يعاين وقيل تجوزه ان قلت لم نسب المولف هذه المسالة لابن القاسم مع ان مسايل هذا الفصل لابن القاسم نص عليها في المدونة قلت لعل ذلك لان ابن القاسم قاس مسالة الاجارة على مسالة البيع مع امكان الفرق بينهما وذلك ان متولي العمل في مسالة الاجارة التي هي الفرع هو المشتري وهو متصرف في الذي اشتراه في الحال فلم يشتر ما يخرج من الزرع واما المشتري

نصف

نصف الزرع ومتولي العمل في مسالة البيع التي هي الاصل هو البايع والمشتري غير متصرف ولا متمكن من مشتراه الا بعد الدرس والتصفية وذلك جزاف غير مري واذا امكن التفريق بهذا القدر نحقق تجرد القياس فنسب المولف هذا الفرع لابن القاسم تنبيها على التبري منه وتحقق ذلك ان اشهب روى عن مالك فيمن طاب زرعه وحل بيعه فقال لرجل احصده وادرسه على النصف لا باس به وهذا هو القول الذي نقله المولف ولم يسم قايله على ان قوله في اصل المدونة ولك نصفه اظهر في تعجيل القبض من قوله في رواية اشهب هذه على النصف وتاول ابن يونس هذه الرواية على ان مراده له النصف الان لانها تشبه مذهب ابن حبيب في العقد المحتمل للصحة والفساد قال ابن القاسم في الرجل له شجر التين وقد طابت فيقول لرجل احرسها واجنها ولك نصفها لا باس بذلك لانه لا باس ان يكري نفسه بما حل بيعه وقوله واعمل على دابتي فما حصل فلك نصف ثمنه او اجرته لا تجوز بخلاف نصف الحطب او الماه يريد ان من دفع دابته لرجل على ان القابض لها نصف ثمن ما يحتطبه عليها او نصف اجرة ما يحمله عليها لغيره فان ذلك لا يجوز ووجهه ظاهر وهو الجهالة بالعوض بخلاف ما اذا قال له احتطب عليها او انقل عليها الما على ان النصف من ذلك الحطب او النصف من ذلك الما لك بعد ان يبين على اي الوجهين يعمل واحرى في الجواز اذا قال له على ان تاتيني في كل يوم بثلاثة احمال من الحطب او ثلاث نقلات من الما فان العوض في هذا كله معلوم والضميران المخفوضان بالاضافة من قوله ثمنه واجرته يرجعان الى ما يفهم من السياق فالاول راجع الى الحطب والما والثاني راجع الى العمل وقوله فان نزل فاسدا فالنها ان من قال ولك النصف له اجرة المثل ه لما كانت المسالة المتقدمة منقسمة قسمين احدهما غير جايز والاخر جايز وكان الجايز منهما لا اشكال في حكمه نحو الوقوع اخذ يبين حكم غير الجايز منهما بعد الوقوع وحكم الجايز باصله اذا عرض له ما افسده لان الجايز قد تختلف بعض شرايطه او يقوم مانع في

المحل يوجب فساده ولاجل الاستظهار علي حكم هذا الوجه زاد المولف لفظه فاسدا
ونصبها علي الحال اي فان وقع ما قدمناه فاسدا لانه لو قال فان نزل ولم يزد علي
ذلك مع انه لم يذكر من الاقوال الا ما لا يمكن ان يعرض للخاطر لتبادر للفهم
ان كلامه مقصور علي صدر المسله الاولي دون عجزها اذا وقع فاسدا وفي
هذا البحث ثم ذكر في هذا الفرع ثلاثه اقوال احدها ان الغلة الحاصله علي عمل
الدابه وما انضم اليها من عمل العامل عليها يكون لقابض الدابه وعليه اجره
المثل في الدابه لربها والقول الثاني عكسه وهو ان جميع ذلك يكون لرب الدابه
وعليه اجره المثل في عمل العامل والقول الثالث التفصيل بين صدر المسله
وعجزها ففي صدر المسله وهو ان يعطيه الدابه ويقول له اعمل عليها ولك
النصف من ثمن حطبها او اجره العمل عليها يكون في هذا الوجه الغله لقابض
الدابه وعليه اجرتها لربها وفيما عداه من وجوه الفساد يكون فيه الغله
لرب الدابه وعليه للعامل عليها اجره عمله هذا هو ظاهر كلام المولف
الجاري علي مهيعه في هذا الكتاب ويمكن ان يكون موضع المسله اعني محل
الخلاف هو ان يقول رب الدابه للعامل او العامل لرب الدابه اعمل عليها او انا
اعمل عليها علي الشرط المذكور فان قلت لا دلاله في كلام المولف علي ان موضوع
المسله ان يقول العامل لرب الدابه ادفعها الي علي وجه كذا قلت فيه
بيان القول الثالث ان من قال ولك النصف يدل علي ذلك اذ معناه اي من قال
ذلك منهما سوا كان رب الدابه او العامل عليها فتامله فهو صحيح واقرب
الي كلام المولف من الذي قبله لان الاقوال الثلاثه مقصوره علي صدر
كلامه فان هذا المعني لا ينطبق عليه كلامه بوجه مع ما فيه من لزوم
زياده لفظه فاسدا التي قيد بها هذا الفرع وان كان علي هذا الوجه الذي
لم نرتضه حمل كلام المولف من تعرض لتفسير كلامه واعلم ان هذه
الاقوال الثلاثه لم اقف عليها مجموعها وذلك قال الذين فسروا كلامه تبعا

جعلها

حجيا عنهم واذا كان الامر علي هذا فالاولي ابقا كلامه علي ظاهره وتحسين
الظن بالمولف او غير ذلك من الانتقاد عليه قال في المدونه وان دفعت اليه
دابه او ابلا او دارا او سفينه او حماما علي ان يكري ذلك وله نصف الكرا لم
يجز فان نزل كان لك جميع الكرا وله اجر مثله كما لو قلت له بع سلعتي فما بعتها
به من شي فهو بيني وبينك او قلت له فما زاد علي مايه فبيننا فذلك لا يجوز
والثمن لك وله اجر مثله فان قلت هلا حملت كلام المولف علي هذا الذي ذكر
في المدونه وحملت كلامه اولا حيث قال فلك نصف ثمنه علي مسله بع سلعتي
وحملت قوله او اجرته علي مخالفه مسله الكرا قلت كلام المولف لا يدل
علي هذا الوجه بل قوله واعمل علي دابتي نص في مخالفه ما ذكره لما حكيناه عن
المدونه وانما ذكرنا مسله المدونه هذه لئلا يتوهم متوهم منها ما سال عنه هذا
السايل وليتضح لنا ذكر مسله المولف بعدها عن المدونه قال وان قال لك
الدابه او السفينه او الابل ليعمل عليها فما اصاب بيننا لم يجز فان عمل عليها
فالكسب هاهنا للعامل وعليه كرا المثل في ذلك ما بلغ وكانه اكتري ذلك
كرا فاسدا والاول اجر نفسه اجاره فاسده فافترقا فلو نادى لفظه لي
فقال اعمل لي عليها فقال ابن القاسم في المدونه في روايه الدباغ ما كسب عليها
للعامل مثل ما قال فوق هذا وقال ابن الجلاب لكسب عليها لصاحبها لقوله
اعمل لي عليها وللعامل اجره المثل وان قال اكرها فعمل عليها كان ما عمل عليها
له ولصاحبها اجره المثل واختلف اذا اكراها فقال ابن القاسم ما اكريت به
لمستاجرها ولصاحبها اجره المثل وقال ايضا في كتاب الشفعه ما اكريت به
لصاحبها لان ضمان المنافع من صاحبها بخلاف البيع الفاسد قال ابن المواز
ولا يجوز ان تعطيه دابتك علي ان ما تكسبه عليها اليوم فلك وما تكسب عليها
غدا فله قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز وفي العتبيه لا باس ان تعطيه دابتك
يعمل عليها اليوم لنفسه علي ان يعمل عليها غدا لربها ومسايل هذا الفصل كثيره

في كتابي ابن يونس واللخمي منعا ما فيه كفايه وقولــه ولو جمع بين البيع والاجاره
جازه يعني انه يجوز الجمع بين البيع والاجاره في عقد واحد كما لو باع له ثوبا
بدراهم وبنسج ثوبا اخر وابي عمر ذلك من المثل وحكي بعض العراقيين قولا بالمنع
وكانه يري ان الاجاره عقد رخصه لان كثيرا منها لا ينفك عن الغرر
فلا يصح ضم غيرها من العقود اليها كما في المساقاه والقراض هذا اذا كانت الاجاره
في غير المبيع كما مثلناه فان كانت في نفس المبيع كما لو باعه جلودا علي ان
يحدوها البايع نعله للمشتري ففي ذلك قول مشهور بالمنع وكانه يري ان
المبيع هو ما تخرجه الصنعه وذلك غير مري لا يقال انه وان كان غير مري
فهو موصوف فان الصنعه انما تعتبر في المضمون لا في المعين او في المعين
الغايب وكلاهما مفقود هنا وقولــه وفي الجعل مع احدهما قولان اي وفي
ضم الجعل الي كل واحد منهما قولان والمشهور منعه قال اللخمي والخلاف في هذه
المسله راجع الي جمع سلعتين احداهما علي بت والاخري علي خيار قال ومن
منع من ذلك انما منع لعله الاطماع لان من له الخيار قد يظهر الرغبه في اخذ
السلعه التي جعل له فيها الخيار ثم يردها او يظهر الرغبه عنها ثم ياخذها
هذا معني ما اشار اليه فان قلت كما ان في ضم الجعل الي كل واحد من البيع والاجاره
قولين فكذلك القولان في ضم الجعل الي مجموع البيع والاجاره فهلا قال المولف
وفي الجعل معهما قولان لان هذا اكثر فايده الا تري ان مجموع البيع والاجاره
اضعف في الاباحه من كل واحد منهما علي انفراده لما قدمته في الفرع السابق
من الخلاف في الهيئه الاجتماعيه خلافا حال الانفراد فاذا كان الخلاف في ضم
الجعل الي مجموعهما فاحري الي كل واحد منهما علي انفراده قلت ليس هو
باحري لان الاحتمال ان يقال انما قيل بالمنع في ضم الجعل الي مجموعهما لضعف
الاباحه فاذا انضم الجعل الي احدهما علي انفراده ضعف المنع وقويت الاباحه
فيتفق علي جوازها وايضا فالاصل حكايه الاقوال علي ما وجدت عليه وتغييرها

مسألة الاجارة والبيع

لفهم

لفهم بعض الناس مع عدم تحقق فهم غيرهم ليس بسديد وايضا فان
المولف اراد ان يجعل هذه المسله توطيه لما يذكره بعدها ولا يتاتى ذلك
الا علي الوجه الذي ذكره وقولــه ولو باع له نصف سلعه علي ان يبيع
له نصفها او بان يبيع له نصفها فتاويلها ان عين اجلا جاز ورابعها عكسه
ان قلت اي فرق بين قوله علي ان يبيع له نصفها وبين قوله او بان يبيع له نصفها
قلت الكلام الاول شرط في الثمن فمقتضاه ان يكون كالجزء من الثمن فصوره
المسله علي هذا التقدير ان يبيع له نصف السلعه بدينار علي شرط ان
يبيع له المشتري النصف الثاني والكلام الثاني وهو المعطوف بالو يكون
بيع نصف الثاني هو ثمن النصف الذي اشتراه المشتري وعلي ما قلناه يجب
ان يحمل كلام المولف لا علي ان الكلامين معناهما متحد وانه اراد التسويه
بينهما ويتصور الاقوال الاربعه ظاهر والثلاثه الاول منها منصوص عليها
في المذهب والثالث منها هو المشهور والاصح منها علي اصل المذهب المنع
مطلقا ولا سيما علي قول المولف علي ان يبيع له نصفها فانه يجتمع في هذا
الوجه الجعل والبيع وعلي هذا الوجه كان ينبغي للمولف ان يقتصر لانه
ذكر ذلك في المدونه واما الوجه الثاني الذي عطفه عليه المولف فلا يتصور
فيه الا جعل وحده او اجاره وحدها عند من اعتقد في الوجه الاول
انه اجتمع فيه جعل وبيع نعم يتصور فيه النقد في الجعل بشرط فلذلك
لا يحسن فيه الا قولان الجواز مطلقا ومقابله واما الوجه الاول فيحسن
فيه الاقوال الثلاثه اعني يظهر وجهها ويترجح الثالث منها بما قلناه
واما القول الرابع فبعيد جدا ويقرب منه ما في مختصر ما ليس في المختصر
ان ضربا اجلا فمكروه وان لم يضربا فلا باس وانما ذكر في المدونه ان
ضرب الاجل احوط من عدم ضربه مع اشتراكهما في التحريم ولكنه بدون
ضرب الاجل ليس فيه الا اجتماع بيع وجعل وذلك وجه من وجوه الفساد

فاذا ضرب الاجل صار ذلك الجعل حراما من وجه اخر وهو ان ضرب الاجل
ينافي الجعل وقد اشار ابن رشد الي انتفا القول بان البيع جايز بدون الاجل
وذلك في العتبيه عن مالك انه اجاز لمن اشترى لولوا ان يشرك فيه قوما
على ان يبيعوه بالبلد ولم يذكر اجلا فقال ابن رشد انه مخالف للمدونه
لكن يحمل هدا الكلام وتاوله على ان اجل بيع اللولو مقرر عندهم عرفا
وظاهر كلام المولف انه لا فرق عنده من اجاز بين اشتراط بيع نصف الثوب
في البلد او في بلد اخر وقد نص في المدونه على الفرق بينهما واجاز في البلد
بشرط ضرب الاجل ومنع من خارج البلد وقوله وعلى الصحه في التعيين
لو بقي بعض الاجل حوسب ولو انتفى ولم يبع استحقه ان مراده بالتعيين
ضرب الاجل وتعيينه ولا يقال اذا كان مراده بالتعيين هو ضرب الاجل فلم
قال وعلى الصحه في التعيين وهلا قال وعلى الثالث لان هدا القول هو الذي
يلزم فيه ضرب الاجل لانا نقول لو فعل ذلك لكان كلامه موهما ان هدا هدا
التفريع مقصور على القول وانه لا يمكن تصويره على القول الاول ومعلوم
قطعا انه يتصور على القول الاول لان من اجاز مطلقا اجاز بتقييد الاجل
فالقدر المشترك بين القول الاول والقول الثالث صحه ضرب الاجل فاخذ
المولف الصحه التي هي القدر المشترك بين هدين القولين وجعلها موضوع
هدا الفرع فجا كلامه في غايه الرشاقه قال ابن المواز عن ابن القاسم واذا
باعه نصف ثوب بعشره على ان يبيع له النصف الاخر شهرا فباعه
في نصف شهر فانه ينظر كم قيمه بيعه شهرا فيقال درهمان فكانه باعه
الثوب بعشره دراهم وبدرهمين من قبل الاجاره وهو سدس الثمن فوقع
لها سدس الصفقه فلما باع في نصف الاجل انفسخ نصف الاجاره وانفسخ
بذلك نصف سدس الصفقه فيرجع بنصف سدسها وهو ربع سدس
قيمه الثوب كله يرجع به ثمنا يعني لضرر الشركه على ما علم من اصل ابن
القاسم

القاسم وقال يحيى ابن عمران كانت السلعه قايمه كان فيها شريكا ولو كانت
مما لا ينقسم ولم يراع ضرر الشركه فاما ان يكون ذلك على اصل اشهب
في هدا الباب واما ان يوافق ابن القاسم في الاصل ويخالفه في هدا الفرع
لان المبتاع دخل اولا على الشركه ولم يعتبر زيادتها واعتبرها ابن القاسم
وقال في كتاب ابن المواز اذا واجر من يبيع له متاعا شهرا فباعه قبل الشهر
فليانه بمتاع اخر يبيعه له الى تمام الشهر قال ابن المواز وهدا اذا لم
يكن متاعا بعينه وذلك القمح وغيره وهدا يجوز فيه النقد قال واما
الذي بعينه فلا ينقد فيه وان باع في نصف الاجل فله بحسابه وقد
جلبنا ما حكاه ابن المواز اولا عن ابن القاسم لانه كالتفسير لكلام
المولف مع مخالفه تحصل في بعضه واما ما حكاه ابن المواز ثانيا فظاهره
المخالفه ولعله على القول الثاني من الاقوال الاربعه في صدر المسله
فتامله واما قول المولف ولو انتفى اي الاجل ولم يبع استحقه اي العوض
فجلي وهو الذي نص عليه في المدونه وقوله فان كان طعاما لم يجز الا
بالتاجيل ه يريد وفي معنى الطعام كل مكيل وموزون وهدا القول لابن
القاسم في كتاب ابن المواز واختار ابن المواز المنع في الطعام مطلقا وان
ضرب الاجل وهو مذهب المدونه وقد اغفله المولف ومذهب المدونه ارجح
لانه قد يبيع في بعض الاجل فيسترجع البايع ما ينوب بقيه الاجل من الطعام
وذلك يودي الى تاره بيعا وتاره سلفا ولعل ما في كتاب ابن المواز لا يعم جميع
الصور وانما يكون اذا باع نصف الطعام بدراهم على ان يبيع له النصف
الباقي فيكون ما ناب طعام الاجاره من بقيه الاجل يسيرا فلم يتهمهما
على ذلك ومن ابقى المدونه على ظاهرها في انه انما يمتنع الطعام وحده
ويجوز ما عداه من المكيل والموزون وقد انجد وقوله ولا يجوز كرا
الارض بشي من الطعام كان مما تنبته او مما لا تنبته ولا بما تنبت من

غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر والزعفران وتجوز بالقصب والخشب
وروى يحيى بن يحيى لا تكرى بشي ان عاد فيها نبت وتكرى بما سواه وقال
ابن نافع تكرى بكل شي اذا لم يزرع فيها الا بالحنطة واخواتها وقيل
تجوز ان تكرى بكل شي فهذه الاقوال الاربعة تصورها جلي والاول
منها هو المشهور والقصب المذكور فيه بالصاد المهملة المفتوحة وفيه
مع ذلك نظر واكثرهم لا يذكر هذه اللفظة وانما يذكرون في هذا
الفصل الخشب والحطب والعود الهندي قال ابن سحنون قلت لسحنون
لم اجازوا كرا الارض بالعود والصندل والخشب والحطب والجذوع
وهذه الاشيا كلها مما تنبت الارض فقال هذه اشيا بطول مكثها وكمنها
ثم ذلك يسهل فيها قلت وقد علم ان القصب دون هذا في البعد وقال بعضهم
رعيا للمعنى الذي اشار اليه سحنون تجوز كراوها بشهر بن شي لا يمكن ان
ينبت الا في سنه وهو غير طعام كجواز كرايها بالشجر واجاز في كتاب محمد
كراها بالخضر وتاول ذلك ابن ابي زيد على انه يريد الكلا لانه لا
يزرع قال في كتاب محمد ايضا ولا باس بكرايها بالمتاك بالما وحكى ابن ابي
زمنين عن ابن الماجشون انه تجوز بالقطن والزعفران في ارض لا تنبت
القطن والزعفران والذي حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون وعن جماعة
سواه مثل القول الاول الذي حكاه المولف ومعنى رواية يحيى بقوله بما
سواه طعاما كان او غيره وبهذه الرواية قال يحيى بن يحيى وابن مزين
وهو قول ابن كنانه وقول ابن نافع منهم من لا يذكر في الاستثنا الا
الحنطه واخواتها والسلت عما عداها ومنهم من يقول مثل ما قاله المولف
الا الحنطه واخواتها ومنهم من يقول الا الحنطه والشعير والسلت
فعلى هذا ينبغي ان يقال الا الحنطه واختيها والقول الرابع يحكى عن
الاصيلي وغيره من اهل المذهب وقد كثر الخلاف في هذه المساله في

المذهب

المذهب وخارج المذهب فالذي في المذهب قد حكينا الكثرة وعن طاوس
واحد قولي ابن عمر وغيرهما انه لا يجوز كرا الارض اصلا بذهب ولا فضه
ولا بشي من الاشيا وقال ابن المسيب وربيعه لا يجوز ان تكرى بشي غير الذهب
والورق وهو قول ابن عباس وقال الشافعي يجوز كرا الارض بكل شي معلوم
من طعام وغيره وهو قول سالم وقال اخرون يجوز كرا الارض بالدنانير والدراهم
والعروض والطعام وبجز ما يخرج منها وتقدمت احاديث المساقاة وهي مما
يتمسك به بعض من مذهبه موافق لنا في كرا الارض ومن قال بجواز كرايها
بالجزء وغيرهم وفي الصحيح من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخاه ولا يكرها وعن ابي هريرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له ارض فليزرعها او ليمنحها
اخاه فان ابى فليمسك ارضه وعن رافع بن خديج قال لعبد الله بن عمر
سمعت عمي وكانا شهدا بدرا يحدثان اهل الدار ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن كرا الارض قال عبد الله لقد كنت اعلم في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان الارض تكرى ثم خشي عبد الله ان يكون رسول
الله صلى الله عليه وسلم احدث في ذلك شيا لم يكن فترك كرا الارض
واحاديث رافع في هذا الباب كثيرة قال بعض ايمة الحديث انها مضطربة
وفي هذا الباب ايضا النهي عن المحاقلة والمخابرة وكلها في الصحيح ولكل قول
من الاقاويل المتقدمة متمسك منها غير ان بعض تلك الاقاويل اقوى من
بعض بحسب مساعدة الظواهر له وعدمها وشدد سحنون في كرايها بالجز
مما يخرج منها وقال من فعل ذلك فهو جرحه وتاول ذلك الشيخ ابو محمد على
ان يكون هذا مذهبا لفاعله او مقلدا لمن يرى المنع منه قال سحنون ولا
يوكل طعامه ولا يشترى منه من ذلك الطعام الذي اخذه في كرايها وتاول
هذا ابن رشد على انه من الورع قال سحنون واذا نزل ذلك فانما لربها كراوها

في

بالدراهم وذكر الشيخ ابو محمد ان عيسى بن مسكين وغيره من فقهاء اصحابنا
بافريقية حكموا ان ينظر الى ما ينبغ له من ذلك الجزء من ثلث او ربع فيعطى
قيمة ذلك الجزء دراهم قالوا لانه لا يعرف بالمغرب قيمة كرا بالعين فلذلك
يعطى قيمة ذلك الجزء الذي يجري به اكريتهم ثمنا له اصاب قليلا او كثيرا
ولم يعتبروا قيمة كرائها يوم العقد لانه لا كرا على المكتري في الارض
اذا لم يصب فيها شيا وقوله الثالث المنفعة ه هذا هو الركن الثالث
وهو العوض المقابل للاجرة وذلك هو المنفعة بالقيود الخمسة التي
يذكرها الان في قوله متقومة غير متضمنة استيفا عين قصدا مقدور
على تسليمها غير حرام ولا واجبة معلومة ه هذه القيود تتبين بما
يذكره المولف عقب هذا مما يتعلق بكل واحد منها ومعنى قوله قصدا ان
الانتفاع بالدنانير والدراهم انما يكون باذهاب عينها فلذلك لا يجوز اجارتها
لما يذكر بعد هذا فيورد على هذا ان الانتفاع بالثياب مثلا انما يكون
باذهاب بعض اجزائها ولا سيما مع طول مدة الاجارة فيلزم امتناع اجارتها
فذكر المولف لفظة قصدا ليدخل تحتها النوع الاول ويخرج النوع الثاني
فان اذهاب عين الدنانير بالقصد واذهاب بعض عين الثوب بالتبع لا
بالقصد بل جعل بعضهم ان اذهاب شي ما من العين شرط في جواز
الاجارة وراى ان هذا سبب كراهة اجارة الحلي بالذهب او الفضة
مما يودي الى بيعها باحد النقدين غير ناجز ويقال مراده مسلة استيجار
الثمار في اشجارها اذا كانت هي المقصودة بخلاف البيع وفي اجارة الاشجار قوله
لتجفيف الثياب قولان ه هذا الفرع مما يتعلق بالقيد الاول وهو قوله متقومة
والاقرب الجواز لان الانتفاع بالاشجار في هذا الوجه مما يتاثر له الاشجار
وتنقص منفعة كثير منها وقوله وقال ابن القاسم لا تصح في الدنانير والدراهم
للتزيين وما لا يعرف بعينه وقيل تصح اذا لازمها المالك ه هذه المسلة

يحتمل

يحتمل ان تكون مما يتعلق بالقيد الاول ويكون الخلاف فيها خلافا في حال
هل هذه المنفعة متقومة ام لا اعني منفعة التزيين ويحتمل ان تكون
مما يتعلق بالقيد الثاني على احد الوجهين اللذين قدمنا في مراد المولف بقوله
قصدا ويترجح تعلقها بالقيد الاول لان بعدها ما لا يصح تعلقه بالقيد
الثاني وهو الخلاف في اجارة المصحف فان قلت لاي شي فصل المولف الدنانير وهو
والدراهم عما لا يعرف بعينه مع ان الدنانير والدراهم احد انواع ما لا يعرف
بعينه وايضا فلم نسب هذه المسلة لابن القاسم مع انه لا يعلم في ذلك
خلاف بين المتقدمين قلت وصف التزيين مقصور في الغالب على الدنانير والدراهم
وهو فيما يظنه بعض الناس من الاسباب الموجبة لجواز الاجارة ويراه بعضهم
من الاسباب المانعة من الجواز لانها منفعة غير متقومة وعلى هذا التقدير
يكون اجتمع في الدنانير والدراهم مانعان من جواز الاجارة احدهما اختصت
هي به لانها لا تكرى تواجر الا للتزيين والثاني يشاركها فيه بقية انواع ما
لا يعرف بعينه وهو ما تودي اليه الاجارة من سلف جر منفعة لان من استاجرها
يغيب عليها ويرد مثلها مع الاجرة وذلك عين سلف جر منفعة فخص الدنانير
والدراهم بالذكر لاجل ذلك فان قلت قول الشيخ ابي بكر الابهري وهو قايل
القول الذي حكاه المولف ان اجارتها تجوز بشرط ملازمة المالك لها هل هو
خلاف لقول ابن القاسم او وفاق له قلت اما فيما عدا الدنانير والدراهم فهو
موافق له بشرط صحة انعكاس العلة الشرعية لان علة المنع وهي سلف جر منفعة
قد زالت بملازمة المالك ويمكن ان يقال لعل ابن القاسم عنده علة اخرى
في المنع وهي انتفا حصول المنفعة المقصود للعقلا غالبا من الشي المستاجر
فان مالكها اذا لازمها لم يبق فيها كبير منفعة لمن استاجرها مما ياخذه
ربها من العوض عن ذلك من اكل اموال الناس بالباطل وانما اسند ابن القاسم
منع الاجارة فيها الى سلف جر منفعة لظهوره ولا يلزم من انتفا هذا

المانع الخاص انتفا غيره من الموانع واما الدنانير والدراهم فقد نص ابن
القاسم على ان اجارتها للتزين لا يجوز وبه قال هذا الشيخ بالجواز مع حصول
ذلك الشرط فهو خلاف وقد يمكن ان يقال انما يتم ما ذكرتموه اذا كان مراد ابن
القاسم بقوله للتزين ان التزين مانع من اجارتها وهنا معنى اخر يمكن حمل
كلامه عليه وهو ان وصف التزين ليس بمقصود لاكثر الناس فلا يعد
منفعة فلا يكون موجبا لجواز الاجارة ولا يلزم من انتفا كونه موجبا
للجواز ان يكون مانعا منه الى غير ذلك من الاحتمالات فلا نطيل بذكرها
لان الفايدة في ذلك قليلة الجدوى وعد ابن العطار مما لا يعرف بعينه
فمنع اجارته مثل قدور الفخار وصحاف الحنتم وقال ابن الفخار اما قدور (الفخار)
فان الدخان يغيرها حتى لا تعرف بعينها واما صحاف الحنتم فانها تعرف
باعيانها فلا معنى لمنع كرائها وقوله وفي اجارة المصحف قولان لخلاف
(بيعه) بيعه ٥ القول بجواز اجارة المصحف هو مذهب ابن القاسم في المدونة
واحتج على ذلك بجواز البيع والمنع من ذلك لابن حبيب قال وكره اجارته
من لقيت من اصحاب مالك وخالف قول ابن القاسم فيه قال ابن حبيب في
الفرق بين الاجارة والبيع وكان اجارته ثمنا للقران وبيع المصحف ثمن
للرق والخط ورد ذلك بانه ان كان مراده بقوله ثمن للقران اي ثمن للقراءة
فالقراءة فعل القاري ولا معاوضة فيها وان كان مراده القران حقيقة
فذلك ايضا غير مبيع ولا مستاجر وانما المبيع الرق بصنعته وذلك
هو المستاجر فان قلت مراد المولف ان المخالفة وقعت بين اجارة المصحف
وبين جواز بيعه فان اجارته مختلف في جوازها ولا اختلاف في المذهب
في جواز بيعه وكلامه لا يدل على ذلك لان مجموع القولين ما هو مخالف (للجواز)
فذلك هو مخالف للمنع قلت لا يمكن ان يكون بيع المصحف محرما مع ان (اجارته)
مباحة وايضا فهب ان هذا لم يكن ولكن قد تقدم في كتاب البيوع جواز

بيع

بيع المصحف وقوله ولا تصح في الاشجار لثمارها والشاة لنتاجها ولبنها وصوفها
٥ تقدم ما يتعلق بالقيد الاول من القيود الخمسة وما يحتمل الدخول تحت ذلك القيد
وهذا ما يتعلق بالقيد الثاني بلا شك والقيد الثاني غير متضمن استيفا عين
قصدا فاما امتناع اجارة الاشجار لثمارها فظاهر لان ذلك يودي الى بيع الثمار
قبل بدو صلاحها وكذلك الشاة لنتاجها والصوف واما استيجارها اللبن فالمذهب
انه لا يمتنع مطلقا وانما بتفصيل فيه فان بيع اللبن جزافا جاز بشرط تعدد
الشياه وكثرتها وان كان على الكيل لم يحتج الى هذا الشرط واجارة الشاة
لاجل لبنها قصاراه ان يودي الى بيع لبنها فلا ينبغي ان يطلق المنع منه فتامله
وقوله واغتفر ثمرة ما في الارض وفي الدار المستاجرة ما لم تزد على الثلث
بالتقويم لانما استاجره لما قوم الكلام على ما هو قصدا تبعه بالكلام على ما
هو مغتفر ليس بقصد وهذه المسالة في اول كتاب اكرية الدور من المدونة
وفي غير المدونة ايضا وقال ابن القاسم بلغني توقيت الثلث عن مالك واما سوالي
اياه فلم يبلغ به الثلث قال ويعرف ذلك ان يقوم كرا الارض او الدار بغير
شرط الثمرة فان قيل عشرة قيل فما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام
بعد طرح قيمة المونة والعمل فيعلم الوسط من ذلك فان قيل خمسة فاقل جاز
ذلك واستشكل اللخمي هذا التقويم لانه اعتبره في المدونة على السلامة
ثم حط ما ينوب السقي قال وقيمتها على هذه الصفة اغلى من الصفة التي
دخل عليها مكتريها قال والصواب ان يقال كم قيمتها على ان سقيها على مشتريها
وعلى ان المصيبة ان كانت منه المكتري وعلى انه ان جاءت على خلاف المعتاد لم
يكن على له مقال لان ابن القاسم لا يرى له متى اجيحت مقالا وينبغي ان يقوم
على ما اشترى عليه فان كان الكرا بالنقد قومت الثمرة بالنقد لانه الجنس
لقيمتها وان كان الكرا على انه يوخذ مشاهرة قومت الثمرة على ما ينوبها بقيمة
مشاهرة وقد ظهر لك من هذا معنى المسالة وما اراده المولف بقوله بالتقويم

لا بما استاجر وهذه المسلة من حسان مسايل المدونه ويتعلق بها فروع
كثيره اضرب المولف عنها وفي التشاغل بذكرها خروج عن كلامه وقوله
واستيجار المرضع وان كان اللبن غيبا للضروره ٥ هذه المسلة مما اغتفر ايضا
للضروره فهي داخله في حكم التي قبلها ولهذا كان قوله للضروره ليس مقصورا
على هذه بل راجع اليها والى الذي قبلها لانهما يشتركان في ان المعوض الذي
ياخذه المكتري عين لا منفعه وتلك العين مغيبه في هذه المسلة وقد تكون
في التي قبلها معينه وقد لا تكون واشترطوا في الاولي التبعيه ولم يشترطوا
في هذه لان دليل الاولي من جهه القواعد ودليل الثانيه قوله تعالى فان ارضعن
لكم فاتوهن اجورهن واتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتم فسترضع له
اخري وللضروره ايضا لانه لا حياه للمولود عاده الا بالرضاع قال بعض
الشيوخ ولا خلاف في ذلك ثم هي جايزه بالطعام وغيره ولم يعد واذلك
الطعام بيعه بالطعام غير يد بيد ولا شك في تحديد الاجل فيها وهل
يشترط حضور الصبي واختبار مقدار رضاعه قال اللخمي انه مستحب وخرج
اشتراط ذلك من قول سحنون وقوله وللزوج ان يفسخ اذا كان بغير اذنه ٥
يعني ان لزوج المراه التي اجرت نفسها في الارضاع ان يفسخ الاجاره اذا عقدتها
على نفسها بغير اذنه لما يلحقه في ذلك من الضرر بتشاغلها عنه وتغير
حالها وغير ذلك ولا سيما ان كانت خدمه الصبي عليها وقد يقال انه لا
حق له في ذلك اذا كان لا يلحقه به مضره لدناءة حاله وكانت خدمه الصبي على
على اهله وقوله وفي منعه من الوطي قولان فان تبين ضرر الصبي منع ٥
يعني فان اجرت نفسها باذنه او بغير اذنه ثم اذن لها في التمادي فهل يمنع
من وطيها قال مالك في المدونه يمنع منه وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن حبيب
وقال اصبغ لا يمنع الا ان يشترطوا ذلك عليه او يتبين ضرر ذلك على الصبي
فيمنع واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت ان انهي عن الغيله حتى

شرط

ذكرت

ذكرت ان فارس والروم يفعلون ذلك فلا يضرا ولادهم واجيب بانه ليس
كل ما هو مباح في الشرع يتناوله عقد الاجاره ولا سيما اذا دل العرف على
عدم تناوله وبانه منقوض بما استثناه من تبين الضرر واختار ابن حبيب
قول ابن القاسم قال لان الزوج لا يكون موليا باليمين على ترك وطي المرضع
بريد لانه قصد الي دفع الضرر الناشي عن ذلك فدل على ان الضرر
لازم في جميع الوجوه قال ابن القاسم عبد الحكم ان اراد الزوج السفر
بها لم يكن له ذلك لانها واجرت نفسها وان باذنه وان كان بغير اذنه
فله ذلك وتفسخ الاجاره واختلف اذا الحقها زوجها على ارضاع ولده
هل لها ان تتزوج غيره بعد انقضا عدتها وهذا الخلاف شبيه بالفرع
الذي ذكره المولف واختلف في عقد هذه الاجاره عند عدم الشرط
والعرف هل يستلزم خدمه الصبي فتكون عليها ام لا وقوله ولا
تجوز استيجار ارض للزراعه ومأوها او انكشافها نادر ٥ لما انقضى
كلامه على ما يتعلق بالقيد الثاني شرع في الكلام على ما يتعلق بالقيد
الثالث وهو قوله مقدور على تسليمها والواو من قوله ومأوها او انكشافها
الحال اي لا يجوز العقد على الارض للزراعه في احد الحالين احدهما ان
يكون حصول الماء لها نادر والثانيه ان يكون غرقه وانكشافه ايضا
نادر لعدم القدره على تسليم هذه الارض ليستوفي منها المنفعه ثم
ظاهر كلام المولف يدل على انه لا يجوز عقد الكرا في هذه الارض التي وصف
وظاهر المذهب جوازه فيها اعني التي ماوها نادر والغرقه التي انكشافها نادر
وقيل هو شاذ انه لا يجوز والاول اختيار غير واحد من الشيوخ لان النقد
غير مشترط فلا غرر وفيه نظر وقوله واما ارض النيل والمطر الغالب
عاده فتصح اجارتها والنقد فيها وقيل لا ينقد في ارض المطر ٥ لما تكلم على
حكم ما لا يصح الانتفاع به الا نادرا انتقل الي ما يتعلق الغالب عليه حصول

المنفعه وذكر انه يصح العقد عليها ولم ينقل فيه خلافا والخلاف الذي
نقله انما هو في صحه اشتراطه وقصر القولين على ارض المطر وجرد ارض
النيل من الخلاف ولا ينبغي ان يسوى اراضي النيل في الحكم فان منها المامون
في الغالب الحال ومنها ما ليس كذلك قوله وقال ابن القاسم لو استوى
الاحتمالان في انكشاف الماجاز وقال غيره لا يجوز ه الجواز وعدمه
باعتبار العقد لا باعتبار النقد وتحصيل الكلام في هذا الفصل على
مذهب ابن القاسم ان للارض حكمين احدهما جواز النقد والاخر وجوب
النقد فاما جواز النقد فما كان منها مامونا كارض النيل وارض المطر المامونه
وارض السقي بالعيون الثابته والابار المعينه والنقد فيها للاعوام الكثيره
جايز وما كان منها غير مامون فلا يجوز النقد فيها الا بعد ان تروى
ويمكن من الحرث كانت من ارض النيل او ارض المطر وارض السقي واما
وجوب النقد فيجب عنده في ارض النيل اذا رويت ولا يحتاج الى غير ذلك
واما غيرها فلا يجب النقد فيها عنده حتى يتم الزرع ويستغني عن الما
ووافقه ابن الماجشون في ذلك الا في ارض السقي المامونه فجعله مثل ارض
النيل يجب نقد الكرا فيها اذا رويت واما جواز العقد فابن القاسم لا
يفرق بين الارضين في جواز العقد لعام او لاعوام كثيره واما ابن الماجشون
فالارضون عنده على اربعه اقسام ارض النيل المامونه يجوز الكرا
فيها للاعوام الكثيره بالنقد وغير النقد قرب ابان شربها او بعد وارض
السقي بالعيون لا يجوز عنده كراوها الا لثلاثه اعوام او اربعه ولا
ينقد الا سنه سنه يريد انه ينقد السنه الثانيه قبل تمام الاولى
بيسير وان تروى الارض قاله في الواضحه وارض المطر لا يجوز الكرا فيها الا
لعام واحد قرب ابان ربيها ولا يجوز النقد فيها حتى تروى ريا مبلغا له
او اكثر مع رجا مطر وغيره وقوله وتصح اجاره الرقبه وهي

غالب

مستاجره

مستاجره او مستثنى منفعتها مده تبقى فيها غالبا ه مراده بالرقبه
ما هو اعم من ذات العبد والامه والدابه والدار وغير ذلك وقد علمت
ان الواو من قوله وهي مستاجره واو الحال والمعنى انه تصح اجاره الرقبه
التي استحقت منفعتها الغير من اجرها لياخذها من استاجرها بعد انقضا
المده المستحقه وسوا كان ذلك الاستحقاق باستيجار او باستثنا من بايع باعها
وابقى المنفعه لنفسه فانه كما قلنا يجوز العقد عليها في كل ذلك لياخذها عند
ما ينقضي حق من سبقه بالاجاره او الاستثنا ويحتمل ان يريد بهذا الكلام انك
وجبت له منفعه رقبه باجاره او لانه استثنى منفعه تلك الرقبه في البيع جاز له
اجاره تلك المنفعه من غيره والاحتمال الاول اقرب الى لفظه ولكن فيه
تكلف من جهه فرض المسله فان المشهور من المذهب جواز عقد الكرا على منفعه
عبد او دابه تقبض بعد شهر وانما يمنع شرط النقد خاصه وقال غير ابن
القاسم يمنع عقد الكرا في مثل هذا فلو اراد المولف المعنى الاول لكان تمثيله
بهذا الفرع اولى لوجود الخلاف فيه وقد منع جماعه من العلما خارج
المذهب كرا دابه وشبهها مما له منفعتها الا انه عندهم من نوع ما لم
يضمن وقوله والنقد فيها يختلف باختلافها ه الضمير المجرور يرجع الى
الرقبه المستاجره وكذلك الضمير المضاف اليه اختلاف اي واشتراط
النقد في الرقبه المستاجره التي هي مستاجره قبل ذلك او مستثنى منفعتها
وهذا على الاحتمال الاول من الاحتمالين السابقين وعليه ينبني قوله
واغتفر في العقار سنون واستكثر في الحيوان عشره ايام ه اي ولاختلاف
حال الرقبه المستاجره بالامن وعدمه وخوف التفرقه حتى انهم عدوا
السنين في العقار قريبه وعشره الايام التي هي قليل جدا كالكثير في الحيوان
فاجازوا شرط النقد في العقار على ان يقبض الى سنين ولم يجيزوا مثل ذلك
من الحيوان الا القصير كعشره الايام فان قلت هلا حملتم هذا الكلام

سنون

علي مقدار امد الاجاره لا علي الامد الذي يكون قبض الشي المستاجر بعده
قلت لو حملناه علي ذلك لما قصرنا امد الاجاره علي عشره ايام في الجواز
بل ولا عشره اشهر بل يجوز اكثر من ذلك نعم المختار عند المتاخرين
التفرقه بين الرباع والحيوان والثياب ويفرق ايضا في الرباع بين
القديم والحديث منها وان كان المتقدمون لم يفصلوا بين ذلك ولكن
لم يذهب احد منهم الي استثنا عشره ايام في الجواز وقوله ويصح بيعها
الي ما يتقدفيه ٥ يعني ويصح بيع الرقبه علي ان تبقي بيد من استاجرها
الي انقضا اجل ما ينقد فيه من الاجار اي ما يصح شرط النقد فيه فيها
لقرب ذلك الاجل بخلاف بيعها علي ان تقبض الي الاجل الذي لا يصح شرط
النقد فيه لطول هذا النوع من الاجال وانما يجوز للبايع ان يستثني من منافع
المبيع ما قرب اجله لا ما بعد واطلاق ظاهر المولف هنا يقتضي جواز بيع
العبد المستاجر سنه او سنتين علي ان يقبضه مشتريه بانقضا الاجل
لان هذا المقدار من المده يصح شرط نقد الاجره فيه الا انه يعتذر
عن المولف بانه قد قدم انهم استكثروا في الحيوان عشره ايام فظاهر قوله
منع ما ذكرنا اجارته في العبد فلا يبقي للكلام معه في مسله البيع
معني واما الكلام معه فيما قدمه مما يتعلق استحنوه واستكثروه وهذا
الفرع هنا دخيل لانه من باب البيوع لا من باب الاجاره وقوله ولا
تجوز استيجار حايض علي كنس مسجد ٥ هذا اول الكلام علي ما يتعلق بالقيد
الرابع وهو قوله غير حرام ولا واجبه فمنعه من استيجار الحايض علي
كنس مسجد متعلق بقوله غير حرام لان المشهور من المذهب منع الحايض
من دخول المسجد علي ما تقدم في محله فهذه المنفعه لا يمكن استيفاوها
من هذا الاجير الخاص الا بعد ارتكاب محرم ولازم المحرم محرم ولا يمنع
استيجار الحايض علي ما ذكرنا فكذلك يمنع استيجار الطاهر علي ذلك فيه

ياتيها

فيها

ياتيها الحيض غالبا هذا دليل اذا قصد الي كنسها بعينها وان كان الكنس
متعلقا بد منها جاز وكذا يلزم في الجنب والذمي وعكس هذا استيجار
المسلم علي كنس كنيسه ومثل هذا الفصل كثيره لكرا الدار لمن يعصر
خمرا وغير ذلك مما نصوا عليه وقوله ولا يجوز استيجار علي عباده
متعينه عليه كالصلاه والصوم ٥ هذا وما عطفه عليه مما يتعلق
بقوله ولا واجبه الا انه عند ذكر القيود لم يحرر العباره هنالك وحررها
هنا الا ترى ان المنع هنا معلق علي تعين العباده لا علي وجوبها ولا يلزم
من تعين العباده وجوبها لان اكثر مندوبات الصلاه متعينه كصلاه
الفجر والوتر وكذلك صيام يوم عاشورا ويوم عرفه فهذه يمنع الاستيجار
عليها وان لم تكن واجبه لتعينها علي المكلف ومعني تعينها انه لا يصح
وقوعها من غير من خوطب بها فلو اجيز الاستيجار عليها لادي ذلك الي
اكل المال بالباطل وقوله ونقدم الحج ٥ لما خشي ان ينقض عليه كلامه
هذا باجازه الاجاره علي الحج اشار الي ان الحج قد تقدم كلامه عليه
وتقدم العدد عنه في محله وقوله بخلاف غسل الميت وحمل الجنازه
وحفر القبر ٥ لما قدم ان العباده المعينه لا يصح الاستيجار عليها
وذلك مطرد سوي ما استثناه من الحج بين هنا انه منعكس وانه اذا
فقد وصف التعين من العباده عليه جاز الاستيجار عليها الا ترى ان
غسل الميت وما عطفه عليه عبادات ولكنها لم تتعين جاز الاستيجار
عليها فان قلت هذا منقوض بصلاه الجنازه فانها غير متعينه ولا يجوز
الاستيجار عليها قلت لما كانت عباده بصورتها منع الاستيجار عليها
لها
بخلاف غيرها من العبادات لمشاركته في الامتياز بالصوره بخلاف الغسل
والحمل فان قلت لم عدل المولف الي قوله وحمل الجنازه عن ان يقول وحمله الذي
هو اخص الا ترى انه عطف علي قوله وحمل الجنازه غسل الميت قلت لعل

ذلك لان الذي عمل اليه هو المستعمل في حمل الميت الى موضع الصلاه
وموضع الدفن بخلاف حمله من بلد الى بلد وشبه ذلك فان المستعمل فيه من
الالفاظ حمل الميت والنوع الاول من الحمل هو العباده التي يتوهم امتناع الاجاره
عليها فنبه المولف على اباحته بخلاف النوع الثاني فانه لا يشكل في اباحه
الاجاره عليه والله اعلم وقوله وفي الامامه ثلاثه لابن عبد الحكم
وابن حبيب وغيرهما ثالثها ان كان على انفرادها لم تجز وان كان مع اذان او
القيام بالمسجد جازت يعني انه اختلف المذهب في اجازه الاستيجار على
الامامه في الصلاه فاجاز ذلك ابن عبد الحكم ومنعه ابن حبيب وفرق
في القول الثالث وهو المنسوب لابن القاسم فان كان مع زياده على الامامه كالاذان
او القيام بالمسجد جاز والا لم تجز وخالف المولف في هذا الموضع ترتيبه
المالوف منه في ذكر الاقوال وذلك ان عادته ان ترتب القول الثالث
على وجه تكون اجزاوه داله على القولين السابقين عليه فيجعل الجزء الاول
من اجزايه هو القول الاول او داله عليه ويجعل الجزء الثاني هو القول الثاني
او داله عليه فعلى هذا ينبني كلامه في هذا الكتاب وهو حسن منه الا انه
خالف تلك العاده هنا لان الجزء الاول من القول الثالث هو مذهب ابن حبيب
وهو قابل القول الثاني بعدم الجواز والجزء الثاني من القول الثالث هو
مذهب ابن عبد الحكم وهو قابل القول الاول فان قلت هل مراده بالامامه
في الفريضه والنافله معا او في الفريضه وحدها قلت ذكره في القول
الثالث الاذان والقيام بالمسجد قرينه داله على ان مراده الفريضه
لا النافله وفي المذهب قول بالتفرقه بين النافله والفريضه فيجوز في
الاول ويمتنع في الثاني وسكوت المولف عن حكم ما عدا الامامه يوهم جواز
الاجاره على الاذان باتفاق ولا سيما قد جعل في القول الثالث اقتران الاذان
بالامامه مبيحا للاجاره وذلك تعقيبه هذا الكلام بمسله المدونه وقد

سابع وعشرين

منع من ذلك ابن حبيب اعني من الاجاره على الاذان على انفراده وهو الصحيح لقوله
صلى الله عليه وسلم واتخذوا موذنا لا يبتغي على اذانه اجرا ثم هذا الخلاف
الذي ذكره المولف انما نقله المتقدمون في الذي ياخذ الاجره من الناس الذين يستاجرونه
على ذلك من اموالهم والظاهر انما يوخذ على ذلك من بيت المال او من الاحباس انه
احق فقصارى امره الكراهه ولا ينتهي الى التحريم وفيها وتصح الاجاره على الاذان
وعلى الاذان والصلاه معا ش نقل المولف هذه المسله من اول كتاب الصلاه الاول
على عادته فيما ياتي به من مسايل المدونه وذلك ان هذا الموضع يوهم جواز الاجاره
على الصلاه بانفرادها لان الاجاره على الصلاه لو لم تكن جايزه لكان ضمها الى
الاذان في عقد واحد ممنوعا لامتناع اجتماع الحلال والحرام في صفقه واحده
فكان ظاهر المدونه عنده موافق للقول الاول والمنسوب للمدونه انما هو القول الثالث
وذلك انما في اخر كتاب الصيام وهو قوله ولا يوم احد باجاره في قيام رمضان ولا
في الفرايض وقال في كتاب الجعل وكره مالك الاجاره في الحج وعلى الامامه في الفرض
وفي النافله وفي قيام رمضان وحيث نسبنا الى المدونه المنع فهل هو على الكراهه
كما في هذا الموضع او هو على التحريم ويحمل الكراهه عليه فيه تردد وهل للشيوخ خلاف
الشيوخ اذا اجزنا الاجاره على الامامه والاذان معا او على الاذان مع القيام بالمسجد
فمنع الامام مانع من الصلاه هل يسقط حقه شي من الاجره بسبب ذلك فيه خلاف
بينهم وقوله وكره اجاره قسام القاضي اي المحلف والله اعلم بعد الفرع
باثر مسله المدونه وذلك هو في المدونه وكانه فهم منه المعارضه لما قبله لان
الصلاه عباده محضه وكذلك الاذان والقسمه عمل دنيوي فهو كالخياطه وغيرها
من الصنايع ولعله في المدونه راى ان معظم القسمه علم لا عمل وايضا فانها كالولايه
على الناس فتمتنع الاجاره عليها من الناس كالعطا وغيره واما الصلاه والاذان
فلتكرارها في كل يوم خمس مرات ومراعاه الاوقات وذلك قاطع عن المعاش فلو لم تجز
الاجاره عليها لادى ذلك الى الحرج او الى تعطيل المساجد وفي كتاب الجعل وكره مالك الاجاره

قسام القاضي وحسابهم وقال يتركان خارجه ومجاهد لحبا جدا ان لا بد لك جعلا وقال
في جار الاقضيه وكره ملك اجاره قسام القاضي وانا اري ان وقع ذلك ان يكون
على عدد الرووس لا على قدر الانصبا اذا لم يشترطوا بينهم شيا وقال في كتاب القسم
وكره مالك لقسام القاضي والمغنم ان ياخذوا على القسم اجرا لانه انما يفرض لهم
من اموال اليتامى وساير الناس كما اكره ارتزاق صاحب السوق من اموال الناس وان
كانت ارزاق القاسم من بيت المال جاز ولا باس ان يستاجر اهل مورث او مغنم قاسما
برضاهم واجر القاسم على جميعهم من طلب القسم منهم او اباه وكذلك اجرة كاتب الوثيقه
وقاله مالك في قوم ارادوا الحدمال لهم عند رجل فيستاجرون من يكتب بينهم كتابا
بتوثيق له ولهم فاجره عليه وعليهم على ان المذهب اضطرب في مسلة الكتب وهذه
فقيل لا يكون على الدافع شي وقيل بل كل الاجاره عليه وقد نقلت هذا الخلاف
من حفظي فتامل بقيته في الكتب المشهوره وقيل ايضا ان اجره القاسم على قدر الانصبا
وقوله ولا باس بما ياخذه المعلم على تعليم القران وان لم يشترط وان نشرط شيا
معلوما جازه يعني ان الاجاره على تعليم القران جايزه ابتدا وقد منع من ذلك
جماعه وحجه من اجاز قوله صلى الله عليه وسلم ان احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب
الله وحديث ابي بن كعب في القوس ليس بالقوي والحديث الاول في الصحيح ثم انهم اجازوا
له الاجر بشرط معلوم او بغير شرط فان قلت ما الذي افاده قوله وان شرط شيا
معلوما بعد قوله وان لم يشترط الا ترى ان ذلك دليل على ان له الاجره اذا لم يشترط
قلت مقصوده بالكلام الاول جواز اخذ العوض سوا تقدم بينهما شرط اجره او لم
يتقدم شرط اجره وبتقدير ان يتقدم شرط فلا فرق بين ان يكون ذلك العوض المشترط
معلوما او مسكوتا عن مقداره ولما كان مقصود المولف من ذكر هذه المسله هنا انما
هو بيان ان القران من العبادات التي يجوز اخذ الاجره على تعليمها واستبع الكلام على
ان العلم بمقدار العوض غير مشترط لم يتكلم على بقيه الاستيجار هل بالحداق
والاجزا او بالمده او بكل واحد منهما على ان ذلك مما يتعلق بالقيد الاتي الان
فلذلك اضرب عن كثير من فروع الاجاره على تعليم القران وقوله ولا بد من بيان

المنفعه

المنفعه اذا كان ثمنا ما ينتفع المستاجر به هذا اول الكلام المتعلق بالقيد الاخير
وهو كون المنفعه معلومه ثم كلام المولف محتمل لان يريد جنس المنفعه ويحتمل
ان يريد مقدارها ويحتمل ان يريد الامرين كما في اجير الخدمه اذا امكن ان ينوع
المستاجر في نوع ما يستخدم فيه او في مقداره وقد يترجح حمل كلامه هذا على المعنى
الاول ويحمل ما بعده هذا على المقدار واما قوله ما لم يكن عرف وتفسير فمعناه ما لم
يكن هناك ما يرفع النزاع بين الاجير والمستاجر من عرف وشبهه ويقع في بعض النسخ
عرف يعتبد يريد به عرفا منضبطا فانه لا يعتمد الا على ذلك فان لم يكن منضبطا
لم يلتفت اليه ويقع في بعضها ما لم يكن عرف وتقييد بواو بعدها تا مثناه من
فوق مفتوحه ومعناه قريب من الاول اي تقييد ذلك العرف لانضباطه ويقع في
بعضها مثل هذا الوجه الا انه بضم التا فيكون على هذا الوجه اول المسله التي
تليها اي وتقيد المنفعه في الاجاره ثم اخذ يقسم ما تقيد به فقال ان كان
استصناعا فبالزمان او بمحل العمل كخياطه يوم او ثوب معين هذه ان كان العمل
المستاجر عليه صنعه فانها تتقيد اما بزمانها ان كانت غير معينه او بمحلها ان
كان محلها معينا ومثل ذلك بما ذكره وافي الموضعين للتفصيل والاول من المثالين
راجع الي لما يتقيد بالزمان والثاني منهما راجع الي ما يتعين بمحل العمل وذلك
كركوب الدابه يتعين بالزمان ويتقيد بالوصول الي غايه معينه في المضمون والمعين
وقوله فان جمع بينهما فسد يعني ان جمع بين الوجهين اللذين يكون بهما التقييد
كخياطه ثوب معين او الركوب الي بلد في يوم فانه يفسد عقد الاجاره لما يلحقه من
من الغرر هكذا ذكر المولف ولم يذكر فيه خلافا والذي قاله من يرضى من الشيوخ انه
ينقسم الي ثلاثه اقسام لان الزمان الذي قدرت به المنفعه اما ان يتسع بحيث يكون
اوسع من العمل بكثير او يضيق عنه عاده او يكون مقدار العمل فالاول لا خلاف
في جوازه والثاني لا خلاف في منعه وفي الثالث قولان ثم اختلف حكايه الشيوخ
للمشهور فمنهم من عينه في المنع ومنهم من اشار الى انه الاباحه واحتج بمسايل وقعت
في المدونه منها المسله التي قدمها المولف قبل هذا في الاستيجار على بيع نصف ثوب بنصفه

في البلد اذا صوب الاجل ومنها ما قاله في كتاب كراء الرواحل وان اكتريت ثورا ليطحن لك
كل يوم اردبين بدرهم فوجدته لا يطحن الا اردبا فلك رده وعليك في الاردب
نصف درهم وذلك قال بعد هذه المسألة هنا ومن اكترى ثورا ليطحن عليه كل يوم
اردبا فطحن عليه اردبين فعطب الثور فلربه ان شاء كراء الاردب الاول وقيمة الثور
وقت ربطه في الثاني وان شاء فقيمة طحين الثاني ما بلغ مع الكراء الاول فهذه المسائل
واشباهها مما يستدل به من راى ان المشهور الجواز ولها نظائر خارج المدونة وقوله
وفي التعليم بالزمان او بحصر ما يعلمه لا يريد بهذا الكلام الاجرة على تعليم
القران بخصوصيته بل المسألة اعم من هذا او من تعليم الصناعات فمثال ذلك استئجار
معلم على تعليم الصبي شهرا او سنة وعلى تعليمه سورة معينة او جزءا من
ثلث او ربع فمن ذلك الحصر استئجار معلم على تعليم صغير او لتبين الخياطة شهرا
او سنة او الى ان يبلغ في صناعة الخياطة الى حد يذكر انه ولا بد من اختبار
حال المتعلم اذا كانت الاجارة على تعليمه جزءا من القران او سورة وذلك اذا
كانت الاجارة على تعليمه جزءا معلوما من الصناعة لسرعة تعلم الحاذق وبطء تعلم
البليد وقوله ويلزم تعيين الرضيع والمتعلم ليس هذا من التعيين الذي فرغنا
منه الان فان المقصود بذلك اختبار حال المتعلم والمقصود من هذا شيء اخر
وهو ان الاصل في محل المنفعة عدم التعيين بخلاف قابل تلك المنفعة فانه
قد يتعين وربما قيل الاصل فيه التعيين وهذا هو مراد الفقهاء انما يستوفى به
المنفعة لا يتعين بالتعيين كراكب الدابة على وجه وساكن الدار وما يستوفى
منه المنفعة بالتعيين فنبه المؤلف هنا على ان ذلك الاصل فيما يستوفى به
المنفعة استثنوا منه الرضيع والمتعلم لعسر الخلف منهما وتعذر المماثلة
بين المتعلمين وكذلك تعذر المساواة بين الصبيان في الرضاع فخلو هذا النوع
بالتعيين عند الاطلاق بل جعلوا لذلك شرطا في صحة عقد الاجارة والحقوا بذلك
المهر بالنسبة الى من استوجر على رياضته والرمكة اذا اكترى الفحل
على ان ينزو عليها مرات معلومة فحملت قبل استيفاء تلك المرات لعسر الخلف

والاتيان

والاتيان بالامثال وكان القياس ان ياتي الاب بصبي اخر في الرضاع اذا مات وكذلك
في المتعلم وفي المهر والرمكة وربما زادوا في هذه المسائل غيرها والنكتة في
ذلك هو ما قلناه من العسر ولما عدوا هذا المستثنى كاصل من الاصول قالوا في
مسألة كتاب البيوع الفاسدة اذا باع امة ولها ولد رضيع وشرط عليهم رضاعه
ونفقته سنة ان ذلك جائز اذا كان ان مات الصبي ارضعوا له اخر فعدوا هذه
المسألة مخالفة للاصول واحتاجوا الى طلب الاعتذار لها بسبب انهم شرطوا في
صحتها ما عدوه مانعا في غيرها وقوله بخلاف غنم ونحوها ه يريد فان
الاصل فيها عدم التعيين فاذا استوجر على غنم يرعاها لم تتعين لانها تستوفي
المنفعة التي هي الرعي ولو جعل المؤلف هذه المسألة هي الاصل وقال بخلاف
الرضيع والمتعلم لكان اقرب الى اصطلاحهم لان مسألة الرضيع والمتعلم وما
ذكر معهما هي التي خرجت عن الاصول فهي التي كان ينبغي ان يقال فيها بخلاف كذا
فان عادتهم انما يقولون بخلاف كذا فيما هو في قوة المستثنى وانما يستثنون ما
خالف القاعدة وقوله فلو عينها لم يشترط البدل ففي تعيينها قولان ه ظاهر
كلامه يقتضي ان رب الغنم والراعي اذا عينا غنم الرعاية اختلف في تعيينها
خاصة على قولين وان عقد الاجارة صحيح على القولين والامر على خلاف هذا
قال في المدونة ومن استاجرته على رعاية مائة شاة ولم تعين باعيانها فمات
بعضها فلك خلف ما مات منها وان لم تشترط ذلك عليه فان كانت باعيانها فلا
تجوز الاجارة حتى تشترط انها ان ماتت او باعها اخلف غيرها مكانها فانظر
كيف جعل شرط الخلف معتبرا في صحة العقد فهو دليل على عدم التعيين والمؤلف
اعتبره في عدم التعيين وحده والقول الثاني من القولين اللذين ذكرهما المؤلف هو
مذهب عبد الملك واصبغ وسحنون وابن حبيب وهو جار على مقتضى الاصول قال
ابن حبيب والامر على الجواز حتى يشترط خلفها ان ماتت او بيعت فليس عليه
ان ياتي له غيرها فتفسد الاجارة ولان الغرض في رعاية الغنم العدد لا الاعيان

والذي قلناه من القولين مع شرط التعيين صحيح ولذا فهم الاكثرون المدونة واستصوبوا
قول ابن الماجشون ومن وافقه وفهم القاضي الباجي ان المذهب على ما قاله ابن
الماجشون وان شرط الخلف الذي ذكره في المدونة انما اراد به رفع اللبس
عن العقد لان العقد يفسد عند عدم ذلك الشرط وهو بعيد عن لفظ المدونة
وهو على بعده مخالف لما ذكره المؤلف ولا يقال ان المؤلف قد وافقه فان قلت
هذا القول الذي انكرته على المؤلف وهو ان الغنم تتعين ويلزم شرط التعيين
فيها ولا يفسد العقد بذلك قد حكاه اللخمي وزاد قولا رابعا وهو ان قرب امد
الاجارة جاز وان بعد لم يجز واختار هو قولا خامسا ان يجوز فيما قرب وينفصل
فيما بعد فان كان الشرط من رب الغنم جاز لانه يكره ان يستحلف الخلف وان كان
الشرط من الراعي كان فاسدا قلت لم ننكر على المؤلف نقل ذلك القول وانما انكرنا
عليه ايهام الاتفاق على جواز الكراء بهذه الصفة واقل ما كان ينبغي له ان
يفعل هو ان ينبه على مسئلة المدونة واما اطراح مذهب ابن القاسم على شهرته
فلا معنى له واللخمي لما نقل ذلك القول لم يسم قائله واتى به بعد ما اتى بقول
ابن القاسم وقوله وحمل في الدهان وغسل وغيره على العرف وقيل على
الظئر يعني ان والد الصبي اذا اختلف مع الظئر في الدهان وغسل
الخرق وشبه ذلك ولم يكن بينهما شرط فانه يكون على من اقتضى العرف انه
يكون عليه منهما فان لم يكن هناك عرف فقولان احدهما ان ذلك على والد
الصبي والثاني انه على الظئر وفي كلام المؤلف اجمال من وجهين احدهما ان
كلامه يشعر بان القولين حيث يدل العرف انه على احدهما وليس كذلك الا
ان يقد يجاب عن هذا بان الظاهر حمله على ارادته لا ان العرف قد يدل على ان
جميع ذلك على والد الصبي فقد يدل ايضا انه على الظئر ولما تعذر حصول
الخلاف في هذا الوجه قدر ذلك في مقابله وهو ما اذا اقتضى العرف ان ذلك على
والد الصبي وينفي محل الخلاف حيث لا عرف والوجه الثاني من الوجهين المذكورين

ان

ان كلام المؤلف يقتضي ان الخلاف حاصل في الدهان على من هو منهما كما هو
حاصل في غسل الخرق وليس كذلك فان الخلاف ليس في الدهان وانما هو فيما عداه
وذلك انه قال في المدونة ويحملون فيما يحتاجه الصبي من المؤنة في غسل خرقه
وحميمه ودهنه ودق ريحانه وطيبه على ما تعارفه الناس قال ابن حبيب
وان لم يكن عرف فليس عليها غير الرضاع فقط الا ان يشترط ذلك قال ابو محمد
قال ابن عبد الحكم على الظئر المستاجرة ان تغسل خرق الصبي ولحافه وما
يحتاج اليه وتدق ريحانه وتقوم من امره ما تقوم به الام وتوصيه ان
احتاج الى ذلك وتحمله الى الطبيب ان احتاج الى ذلك ويمكن ان يجاب عن هذا بانه
لعل المراد من الدهان المصدر الذي هو فعل الدهن لا الشيء الذي يكون به
الدهان فان ذلك على الاب وعلى هذا التقدير يكون الخلاف حاصلا في جميع
ما ذكره المؤلف قال ابن عبد الحكم واما ما ترقد فيه الظئر من لحاف وفراش
فذلك على ما تعارفه الناس فان لم يكن عرف فذلك عليها ويكون على الاب لحاف
الصبي ودثاره وما يرقد فيه وقوله ونقش الدار والحانوت والحمام كشبهه
ه يعني ان الربع مخالف لغيره مما يكترى فان الربع على اختلاف انواعه لابد
من تعيينه ولا يصح ان يكون مضمونا لاختلاف الاغراض فيه وتباينها جدا
كما في البيع واما الدواب والسفن فانه يصح ان يكون معينة ومضمونة قال ابن
المواز فان وقع على الاطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل على التعيين قال
ولو اكترى منه على ان يحمله الى بلد كذا على دابة او سفينة وقد احضرها
ولا يعلم له غيرها او لم يقل له احملني على دابتك هذه او سفينتك هذه فمات
بعد ان ركب فعلى المكري ان ياتيه بدابة او سفينة غيرها ويحمله وذلك مضمون
حتى يشترط شرطا انما اكرى منك هذه بعينها فينفسخ الكراء بهلاكها والحمل
او يكون نصف السفينة او ربعها فيكون كشرط التعيين لكن قد وقع لهم في اختلاف
المتكاريين قبل الركوب او بعده وبعد موت الدابة يقول احدهما حملنا على التعيين

وبقول المحكوم بل على عدمه ما يدل على خلافه وهذا متفق عليه في محله من العتبية
وكلام ابن رشد وقوله وتقييد بمدة تبقى فيها غالبا ه يعني ان من
شرط صحة الاجارة ان تكون مدة المنفعة مما يصح استيفاؤها وهاهنا الرقبة
المعينة وهذا لا اشكال انه في الكراء المعين ولا يجوز ان تكون المدة في ذلك
اوسع من الزمان الذي تبقى اليه الرقبة وتعيين ذلك يختلف باختلاف
الذوات فليس الدواب كالرقيق ولا الرقيق كالعقار وكذلك انواع الدواب
فليس الخيل كالبغال وكذلك انواع العقار فليس الدور القديمة كالارض
البراح قال في كتاب بيع الغرر وتجوز اجارة العبد عشر سنين وقال في كتاب
الجعل لا باس باجارة العبد عشرة سنين وخمس عشرة سنة وجواز
ذلك في الدور ابين والموصى له بخدمة عبد عشر سنين لا باس ان يكريه
عشر سنين وقال غيره لا يجوز اجارة العبد السنين الكثيرة لما في
الحيوان من سرعة التغير وهو في الدواب ابين غررا وقال في اكرية الدور
ولا باس بكراء دار او رقيق عشر سنين وبعجل النقد قال اكثر الرواة
ان يعين الاجل في الرقيق خطر ومن هذا المعنى ايضا شي في الوصايا
الثاني وقوله ويشترط ان كان لا يتغير فيها غالبا ه يريد وحيث
اجرنا الكراء ولا يلزم عليه جواز النقد بل يختلف الامر في جواز
شرط النقد باختلاف حال الرقبة في البقاء على الحال التي كانت عليه يوم
العقد وفي التغير ولا يجوز من شرط النقد الا ما يدل العرف على ان
الذات تبقى مقدارا من المدة وبالجملة ليس كل مدة جاز العقد
عليها يجوز شرط النقد فيها ولذا جعل المولف بقاء الذات شرطا في
المسالة الاولى وجعل في هذه بقاء الصفة شرطا وقوله ولو لم يسم
لكل سنة جاز كالاشهر من السنة ه يريد فكذا وحيث اجرنا الكراء الى مدة
معينة وكانت تلك المدة سنين سواء اجزنا شرط النقد فيها او لم نجزه فانه

شرط

لا يحتاج

لا يحتاج مع ذلك الى تسمية ما يخص كل سنة منها وان اختلفت الاغراض في
السنين كما انه لا يحتاج الى تسمية ما يخص كل شهر من السنة اذا كان امد
الكراء سنة وان كان الاغراض تختلف باختلاف الاشهر فيها بل قد يكون المقصود
من السنة كلها شهرا او اشهرا مخصوصة لحدوث علة كما اشار اليه في
المدونة وهذا كما يجوز جمع السلع المختلفة القيم في البيع وان لم يسم لكل
واحدة منها من الثمن فان قلت هل في كلام المولف ما يدل على ان المتكاريين
اذا سميا ما لكل سنة من الاجرة انه يلزم ذلك عند موت العبد او استحقاقه
او انهدام الدار وشبهه قلت في كلامه ما يوهم ذلك ولكن المذهب انه لا
ينفعهما كما في السلع في البيع وان كان قد وقع ما يوهم لبعضهم في مسالة
جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ما يوهم خلاف ما قلناه ولكن ذلك مع تقويم
المقومين لا بمجرد تسمية البايعين والمشتري فتامله وقوله او تقييد
كل شهر بكذا او سنة بكذا انتفع ولا تلزم وقيل تلزم في المذكورة ه
لما قدم الكلام على كراء الوجيبة شرع في الكلام على كراء المشاهرة
وهذا الكلام معطوف على قوله وتقييد بمدة ومعنى هذا الكراء عند اهل
المذهب ان الساكن التزم سكنى الدار على انه يودي بحساب دينار مثلا لكل
شهر او سنة ولا يلزمه شهر ولا سنة وقيل يلزمه في المشاهرة شهر وفي المساناة
سنة سواء سكن شيا منها او لم يسكن وهذا هو مراد المولف بقوله تلزم في المذكورة
فيما نطق به من شهر او سنة في اقل ما ينطلق عليه اللفظ وقيل لا يلزمه شي
مثل القول الاول حتى يسكن زمانا ما فيلزمه في المشاهرة شهرا او سنة
في المساناة وقوله ولو نقده مبلغا لزمت بما يقابله اتفاقا ه يعني ان
المنقود من الكراء يكون قرينة في القدر الذي يلزم من الكراء فان كان مقدار
شهر لزم وان كان اكثر منه فكذلك وان كان اقل من شهر لزم مقداره على
المشهور وظاهر كلام المولف وكذلك على القول الثاني لقوله فيما يقابله اتفاقا وظاهر

سكن

كلام غيره انه يلزمه شهر على القول الثاني وانه لا ينحل الكرا ولا يكون احدهما
مخيرا فيما بينه وبين الشهر وهذا ينبغي على القول الثاني اذا كان المنعقود مقدار
شهر ونصف مثلا لزمه شهران قال ابن حبيب اذا قال اكريتك شهرا وفي كل
شهر او الشهر بكذا فالشهر الاول في هذا لازم لهما وما زاد عليه فلكل واحد
ان يخرج متى شا الا ان يكون شرط ان لا يخرجه او ينقده جميع الكرا فيلزمه
تمام المده وقاله مطرف وابن الماجشون ورواه عن مالك وجرد بعضهم من
الخلاف اذا قال هذه السنه او الشهر او سنه بكذا او عدد ذلك فقال سنتين
او ثلاثا او الى تحري الغايه فقال الى اجل كذا ففي هذه الصور يتفق على لزوم
الكرا في القدر الذي سماه قال والخلاف في ثلاث صور اذا قال مثلا سنه بدرهم
او كل سنه بدينار او السنه بدينار وقال ابن سهل ورايت في حاشيه كتاب
بعض شيوخنا ان قال اكريتك السنه بكذا بالنصب كان سنه لانه وان قال
اكريتك السنه بكذا كان مثل قوله كل سنه بكذا على روايه ابن القاسم قال وهو
ان شا الله حسن قال ابن رشد ولا وجه لاستحسانه عندي لانه اذا نصب
احتمل لزوم السنه واحتمل الحساب للسنه فيجب الحمل على عدم اللزوم لان
الاصل براه الذمه واما اذا رفع فلا اشكال ولم يتكلم ابن القاسم عليه
وقوله واذا لم يتعين ابتدا المده حمل من حين العقد يعني اذا قال
اكتري شهرا او سنه ولم يبين اولها حمل ذلك على ان اولها من حين عقدا
لانه لو لم يحمل على ذلك لادي الى فساد العقد لان الكرا لا يجوز على سنه غير
معينه قال ابن رشد قال من اراد ان يعرف ان الكرا اذا عرف ينكر واذا
نكر تعرف قال وذلك العول فيه نظر لانه اذا قال اكريتك السنه كل شهر بكذا
لزم كرا السنه لتعريفه وانما لزم الكرا اذا قال اكريتك سنه وان نكر
فذكر ما قلناه في توجيه كلام المولف قال في المدونه عن ابن القاسم ومن
اكتري دارا سنه او سنتين ولم يسم متى يسكن جاز ويسكن او يسكن غيره

كل هذا

متى شا

متى شا ما لم يات من ذلك ضرر بين على الدار وقال ابن يونس يريد ضررا في السكنى
ويحتمل عندي ان يريد بين حلا وما نص عليه مالك في المختصر ان اغلقها المكتري
وخرج فذلك له وليس لصاحب الدار ان يقول اخرب بها على قال ابن القاسم في كتاب
المدبر والسنه محسوبه من يوم العقد وقال مالك ايضا في كتاب المدبر وان كان
الشهر تسعه وعشرين يوما وقد اكراها في راس الهلال فله الشهر كاملا ومن
اكتري دارا سنه بعد ان مضي عشره ايام من الشهر حسب احد عشر شهرا
بالاهله وشهرا على تمام هذه الايام ثلاثين يوما كالعده والايمان وقوله
ولو لم يعين في الارض بنا ولا زراعه ولا غرسا ولا غيره وبعضه اضر فله ما
يشبه وان اشبه الجميع فسد يعني ان غير المتكاريان ما يصنع في الارض فلا
اشكال في صحه عقد الكرا وان لم يعينا شيا مما ذكره ولا من غيره وكان هناك عرف
يعين ما دل عليه العرف وان لم يكن هناك عرف وكان العرف جاريا بين نوعين
فاكثر وكان بعضها اضر من بعض فسد العقد وقد وقع في المدونه ما ظاهره
خلاف هذا قال ولا باس ان يكرا حانوتا لا يسمي ما يعمل فيها وله ان يعمل فيه حدادا او
قصارا او طحانا اذا لم يضر ذلك بالبنيان وان كان ذلك ضررا بالبنيان او فاسدا
على الحانوت لم يكن له ان يعمله قال ومن اكري حانوته من رجل فاذا هو حداد
او قصار لا ضرر في عمله على البنيان الا انه يقذر الحانوت يكره رب الحانوت
تقذيره فله منعه لان فيه ضررا عليه وقال غيره اذا كانت الاعمال يتفاوت
ضررها ولم يكر بينها لم يجز كراوها الا على شي معروف يعمل فيه وان لم يختلف فلا
باس به فانظر كيف فهم غير ابن القاسم من كلام ابن القاسم مثل ما اشرنا اليه ولهذا
لم يجز ابن القاسم في كتاب الكرا به الرواحل كرا الدابه حتى يسمي ما يعمل عليها لتفاوت
ضرر الحمل وقوله ولو سمي صنفا يزرعه جاز مثله ودونه ٥ هذا ظاهر اذا لا
ضرر في ذلك على رب الارض لان مثل الضرر الذي دخل عليه او دونه ولهذا قال ابن
القاسم في المدونه فيمن اكتري ارضا ليزرعها عشر سنين فاراد ان يغرس فيها شجرا

فسادا

فان كان ذلك الاضر بها منع والا فلمالك الحملة على الراحلة عينا اكتراها له وان
اكتراها ليزرعها شعيرا فاراد ان يزرعها حنطة فان كان ذلك اضر بالارض منع
وله ان يزرع ما ضرره كضرر الشعير فادنى ونرد بعضهم اذا اذن له فيما
هو مخالف لما عقد عليه هل يمتنع كالمكتري راحلة الى بلد فصرفها الى غيره
باذن ربها وقوله ولا يلزم تعريف قدر البنا وصفته حدا في البنا على الجدار
يعني ان من اكترى ارضا ليبني فيها فله ان يبني فيها ما احب ولا يلزم في عقد
الكرا التعرض الى المقدار ولا الى الصفة ويلزم ذلك فيمن اكترى جدارا ليبني
عليه والفرق بينهما ظاهر لتضرر رب الجدار بكثرة البنا على جداره ولا
ضرر على رب الارض في الكثرة وقوله وفي الدواب للركوب بتعيينها وفي
الذمة بتعيين الجنس والنوع والذكورة والانوثة لا بتعيين الراكب ه يعني
انه يتقيد الكرا في الركوب كانت معينة بتعيينها للمكتري وظاهر كلامه
انه اكتفى بهذا القدر وينبغي ان يختبرها الراكب وينظر سيرها في سرعته
وبطئه ومزيد ابه كما قال مالك المشي خير من دونها وان كان الركوب مضمونا
فلا بد من الامور التي ذكرها المولف لاختلاف الاغراض باختلاف هذه الاوصاف
ولا يلزم تعيين الراكب في الوجهين المعين والمضمون وقوله ولو عين لم يلزم
تعيينه وجعل مثله فادنى واستثقله مالك في الدابة خاصة الا ان يموت او
يبدو له قال ابن القاسم والثوب يلبس مثله ه يعني ولو عين فابق المنفعة
لم يتعين وله ان يستوفي هو نفسه كما شرط او من يستوفيها مثله فدون الا
ان جالها كره ذلك في الدابة خاصة ما لم يدع الى استبداله ضرورة كموته
او بدا له في السفر فيجوز له ان يكريها من مثله فدون والحق ابن القاسم
الثوب بكري للناس بالدابة فيما يلزم وتجوز وهذا الذي ذكره في الثوب
ربما فهم من المدونة خلافه قال فيها عن ابن القاسم وان استاجرت ثوبا
تلبسه يوما الى الليل فلا تعطه غيرك يلبسه لاختلاف اللبس والامانة

بدون شرط ان

فان هلك

فان هلك بيدك لم تضمنه وان دفعته الى غيرك كنت ضامنا ان تلف فظاهر
هذا انه مخالف للدابة اذ لا ضمان في الدابة اذا دفعها لمن هو مثله لكن قال
سحنون اذا دفع الثوب الى من هو مثله لم يضمن قال ومسالة الفسطاط هي
الاصل قال ابن القاسم وقد كره مالك للمكتري الدابة لركوبه كراها من
غيره كان اخف منه او مثله فان اكراها لم افسخه وان تلفت لم يضمن
اذا كان اكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وامانته وخفته
ولو بدا له عن السفر او مات اكريت من مثله وكذلك الثياب في الحياة والممات
وهذا الموضع الاخير من المدونة هو الذي حكاه المولف ومسالة الفسطاط
التي احتج بها سحنون هي ما قاله ابن القاسم في المدونة وان اكتريت فسطاطا
الى مكة فاكريته من مثلك في حالك وامانتك ويكون صنيعه في الخبا
كصنيعك وحاجته اليه كحاجتك فذلك جائز والذي ذكرناها هنا عن
المدونة هو قوله في كتاب الجعل وذكر في كتاب كرى الرواحل في مسالة الدابة
قريبا منه وزاد واكثر قول مالك انه في حياته ان يكريها من مثله في حاله
وخفته وقوله وبتعيين الحمل او بوصفه والمعاليق مثله ه ظاهر كلامه
ان المحمل هو ما يحمل فيه فيلزم تعيينه او وصفه لاختلاف الاغراض فيه بحسب
ضيقه واتساعه والمعاليق ما يزيده المكتري على حمل الدابة وظاهر كلام
المولف فيها ايضا انه لا بد من تعيينها او وصفها وقال في المدونة واما زيادة
الحاج في وزن الزاملة اكثر من شرطه مما يعطب في مثله فقال مالك ليس
لغيره وقد عرفت للحاج زيادات من السفر والاطعمة لا ينظر فيها المكاري
ولا يعرف ما حمل فلا ضمان عليه في ذلك فان قلت هذا الذي ذكرته عن المدونة
انما هو في حكم الضمان والذي ذكره المولف في جواز فعل ذلك ابتدا وهل عليه
في الزيادة كرا او لا قلت كلام ابن القاسم ومالك عام في الجميع فتامله وقوله
فان كانت عادة لم يحتج في الجميع ه اي في المعاليق والمحمل وهو ماخوذ من الكلام الذي

كالكرية

حكاه الان عن المدونه وقوله واما السير والمنازل فالعرف ه اي مقدار
والمنازل كل يوم وكيفيه ذلك السير من العجله والبطو والمقام في المنزل فان العرف
يكفي ان وجد والا فلا بد من البيان في عقد الاجاره والحمل برويه المحمول او
كيله او وزنه او عدده مما لا تفاوت فيه ه يعني ان الحمل في الكرا يتقيد اما
برويه المحمول وهو ظاهر او كيله او وزنه بعد العلم بجنسه وكذلك عدده ه
بشرط التساوي والتفاوت فيما بين المعدودات ولا يجوز الكرا على ان يحمل
عليها ما احب المكتري قال ابن القاسم في المدونه ومن اكترى دابه ولم يسم
ما يحمل عليها لم يجز الا من قوم عرف حملهم فذلك لازم على ما عرفوا به من الحمل
قال غيره ولو سمي حمل طعام او بز او عطر جاز وحملها حمل مثلها ولو قال احمل
عليها حمل مثلها ثم ما شيت لم يجز لاختلاف ضرر الاشيا في الحمل وقوله ولا
توصف الدابه الا في مثل زجاج ونحوه ه يريد ان الدابه التي تكرى للحمل عليها
لا للركوب فانه لا يحتاج الي وصفها لعدم اختلاف الاغراض في ذلك الا ان يكون
المحمول عليها مما يفسد بسقوط الدابه كالزجاج والدهن وشبههما فيحتاج الى تعيينها
او وصفها لتعلق الاغراض بذلك وقوله وبحراثه بتعريف صلابتها وبعدها
ه يريد وتتقيد الارض بحراثه بتعريف صلابتها ورخاوتها وبعدها وقربها
وفي ذكر البعد والقرب هنا دليل علي جواز كرائها علي الصفه كالبيع وقد نص
علي ذلك في المدونه اذا اكترى دارا في غير بلده وقوله وعلى مكري الدابه
البردعه وشبهها والاعانه في الركوب والنزول ورفع الاحمال وحطها بالعرف
ه لا اشكل ان وجد عرف فالمعول عليه وان لم يوجد فقال بعض الشيوخ لا يلزمه
الا مقتضي اللفظ واشار الى ان البردعه والاحبل لا يتناولها اللفظ وكذلك
اعانه الحمال في الركوب والنزول ورفع الاحمال وحطها ان لم يكن هناك عرف
لم يلزم الحمال واشار الى انه وقع في المدونه حلاف وهذا ولا باس ان يكري
ابلا من رجل على ان عليك رحلتها فدل علي انه لولا الشرط لكان علي رب

البعير

الشروط

البعير الا ان التحقيق كما قدمناه قبل هذا ان الشروط كما يستفاد منها انتفا
المشروط لانتفا شرطه في غالب الحال فقد يوتى بها لرفع اللبس والنزاع وهذا
هو الغالب من الشروط عند الموثقين فلا يستدرك بانتفا هذا الشرط على انتفا
مشروطه وقوله واذا فني الطعام المحمول رجع في بدله الى العرف
يعني اذا اكترى على حمل وزن معلوم او كيل من طعام فكان ياكل منه ويعلف
واراد بدل ما نقص منه وابى عليه الجمال رجع في ذلك كله الى العرف وسكت
عن الحكم اذا لم يكن عرف وقال غير ابن القاسم في المدونه فان لم تكن لهم سنة
فله حمل الوزن الاول المشترط الى تمام غايه الكرا وعكس هذا ما اذا اكترى
منه على خمس مايه رطل لحملها فاصابتها المطر فزاد وزنها قال سحنون اذا زاد
فكانه ليس بعينه فلا يلزمه الا حمل خمس مايه رطل فان نقص منه حتى صار الي
الوزن المشترط لزمه والا لم يلزمه وقوله وتوقف المستاجر علي العرف
لنزع الثوب ليلا وفي القايله ه هذا الفرع مما نزل فيه ظاهر اللفظ المعارضه
العرف فان من اكترى ثوبا ليلبسه هذا الشهر فمقتضى اللفظ انه يلبسه
ليلا ونهارا ولكن العرف دل على انه لا يلبسه عند النوم وكذلك الطيلسان
ينبغي ان ينزل لباسه داخل المنزل وكذلك النعل والمرجوع في هذا كله كما قاله
المولف الي العرف ومما يرجع فيه الى العرف في هذا الباب في المكان كما انه يرجع الي
العرف في الزمان ما قاله بعض الشيوخ من اكرى على متاع دواب الي موضع وفي الطريق نهر
لا يجاز الا على المركب قد عرف ذلك كالنيل وشبهه ان جواز المتاع على ربه والدواب
على ربها وان كان يخاض في المخايض فاعترضه حملان لم يعلموا انه يحمل المتاع على
صاحب الدابه وتلك حادثه نزلت به وكذلك ان كان النهر شتوي الحمل بالامطار
الا ان يكون وقت الكرا قد علموا جريه وعلى ذلك دخلوا فيكون كالنهر الدايم وقوله
والخيط على الاجير هكذا رايته في بعض النسخ الاجير بتقصير الهمزه وبا بعد
الجيم ومعناه ان الخيط على الخياط لا على رب الثوب وفي بعض النسخ على الاجر

بعد الصنع وحدث ايضا ومعناه ان الخيط في الخياطه على رب الثوب وهو معنى ما في
كتاب ابن شاس قال الا ان تكون عاده ولا يختلف في اعتبار العوايد والعاده عندنا
بتونس ان الخيط على الخياط الا ان يخاط الثوب بالحرير فيكون على مالك الثوب ويتعين
ان يكون الحكم بالخيط عند عدم العاده على رب الثوب ومما يرجع فيه الى
ما قاله في المدونه ومن واجرته على بناء دار فالاداه والفوس والقفاف والما
والدلا على ما يتعارف الناس انه عليه وكذلك حثيان التراب على حافر القبر ونقش
الرحا على ربه وقال في موضع اخر ومن واجر اجيرا للخدمه استعمله على عرف
الناس من خدمه الليل والنهار حمتا وليس له اباه ثوبا او الماء في ليله ولبس فيما
يمنعه النوم الا في امر يعرض له المره يستعمله في بعض ليله فلا باس بذلك
وقوله والاسترضاع لا يستتبع الحضانه ولا العكس يعني ان من استاجر
امراه ترضع ولده لم يلزمها ان تحضنه وكذلك ان استاجرها على حضانته
لم يلزمها ارضاعه لان كل واحده منهما حقيقه مستقله بنفسها الا ترى
انه يصح اثبات احداهما مع نفي الاخرى من الجانبين وهذا اذا لم يكن عرف
فان كان عرف باستلزام كل واحده منهما الاخرى او من احد الجانبين او كان
هناك شرط صير اليه فان عقد عليهما معا فانقطع اللبن جرى ذلك على
مسايل الاستحقاق فان كان اللبن وجه هذه الصفقه فسخ الجميع او يكون
لوالد الصبي الخيار في التمسك بالحضانه بما ينوبها من الثمن على وجه وقوله
واذا كان بالدار ونحوها ما يضر كالهطل وشبهه لم يجبر المالك وخير المستاجر
وقيل يجبر وقيل ان كان لا تصلح للسكنى الا بذلك اجبر هذا النوع مما
حدث بالدار وهو عندهم في حيز القليل والخلاف فيه كما ذكروا العرف عند
اهل زماننا انه يجبر رب الدار على القول الثاني وان سكت الساكن وتمادى
على سكناه لزمه جميع الكرا فان كان ما حدث بالدار اقل من هذا مما لا مضره
فيه على الساكن الا انه ينقص من قيمه كرا الدار فلا خيار للساكن وتلزمه السكنى

ويحط

ويحط عنه ما حط ذلك من قيمه الكرا ان لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه
اصلاحه فان سكت وسكن لم يجز له شي وان كان ادون من ذلك مما لا مضره
فيه على الساكن ولا ينتقص من الكرا شيا كالشرفات فلا اختلاف انه لا يحط
عن المكتري من الكرا شي والكرا له لازم واما ما ذكره المولف من القول
الثالث فخارج عن موضوع هذا الفرع لان كلامه اولا مفروض في الهطل
وشبهه ثم ادخل في القول الثالث ان كان لا تصلح للسكنى ثم انه حكى في هذا
القول انه يجبر على الاصلاح فيما لا يصلح للسكنى وقال القاضي ابن رشد
ان كان الهدم كثيرا فلا يلزم رب الدار الاصلاح باجماع قال وهو على ثلاثه
اقسام احدها ان يعيب السكنى وينقص من قيمه الكرا ولا يبطل شيا من المنافع
مثل ان تكون الدار مبطله تحصصه فيذهب تبطيلها وتحصيصها فيكون
المكتري بالخيار بين السكنى بجميع الكرا او يخرج الا ان يصلح ذلك رب الدار
فان سكت وسكن لزمه جميع الكرا على مذهب المدونه ونحو ذلك في روايه عيسى
قال وقيل ان الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من بيوت وهو بعيد
والقسم الثاني ان ينهدم بيت من بيوت فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه
ما ناب المنهدم والقسم الثالث ان يبطل اكثر منافع الدار او منفعه الذي
هو وجهها او يكشفها بانهدام حايطها وما اشبه ذلك فهذا يخير المكتري
بين السكنى والخروج فان اراد ان يسكن على ان يحط عنه من الكرا ما ينوب المنهدم
لم يكن له ذلك الا برضا رب الدار فان رضيا بذلك جرا على جمع الرجلين
سلعتيهما في البيع هذا معنى كلامه وقد اطال الشيوخ في هذا الفصل وكلام
القاضي ياتي على اكثره فلنقتصر عليه وقوله فلو قال اصلحه وكان على
المستاجر ضرر لطول المده او لما لا يحتمل من الضرر خير ايضا يعني فان
طلب رب الدار الاصلاح والتمادي على عقد الكرا وكان على المكتري في ذلك
ضرر اما بسبب طول المده واما لكثره ما انهدم فان ذلك لا يسقط حق المكتري

فيما وجب له من الخيار وهو ظاهر قال القاضي ابن رشد وان بنى المكتري
الدار وقبل ان يخرج المكتري منها لزمه الكرا ولم يكن له ان يخرج وان
بناها بعد ان خرج لم يكن عليه الرجوع اليها الا ان يشا وان سكن
الدار مهدومة لزمه جميع الكرا على مذهب ابن القاسم في المدونة خلاف
رواية عيسى عنه وقوله ولو فسد الزرع لجائحة فالاجرة لازمة
ه يعني فسد الزرع بسبب جائحة من الجوائح المذكورة في باب الجوائح فلا
قيام للمكتري بذلك لحصول التمكين هنا وقيامه في البيع انما كان لدليل
منفصل ترك مقتضى القياس لاجله وقوله فلو كان لعطش او دودها
او فارها او عطشها سقط الكرا ه يعني فلو كان فساد الزرع بسبب جهة
الارض كالدود والفار لم يكن لربها كرا وعد واذا ذلك مانعا من تمكين المكتري
من بنا الزرع وذلك لحقوا بهذا العطش وان لم يكن من الموانع الارضية
وقالوا في كثرة الما ان كان في ابان الحراثة وتمادى غرقها حتى خرج وقت
الزراعة فلا كرا وان كان انقطع قبل انقضا الابان او حدث بعد الابان
لزم الكرا وفي معنى فساد الزرع بسبب العطش ان يحصد منها ما لا بال له
واختلف في تحديد هذا القليل فقيل بخمسة فدادين او ستة من مائة
وقيل قدر الزريعة مرة وقيل قدرها مرتين وقيل ينظر الى الاصابة
المتوسطة فما نقص عنها نقص من الكرا بنسبته وقوله ولو انقضت
المدة والزرع باق فالله مد بعينه وكان ربه قد علم ولربها قلعه او
ابقاوه بالاكثر من المسمى او كرا المثل ه يعني وكان رب الزرع قد علم
حين زرع ثانيا ان ما بقي من الاجل لا يكفي لطيب هذا الزرع وانما يطيب
الزرع بعده فيصير يكون رب الارض مخيرا على هذا المكتري بين ان
يجعله كالغاصب فيامره بقلع الزرع او يتركه حتى يطيب ويكون عليه
الاكثر من المسمى اي نسبته او كرا المثل وقوله فان كان ظن تمامه

فزادا الشهر

فزادا الشهر ونحوه فعليه نسبة المسمى وقيل كرا المثل ه يعني وان لم يكن ان ع
متعمدا لذلك وانما ظن الزرع يطيب عند انقضا الاجل فلم يطب الا بعده
بشهر ونحوه فعليه نسبة المسمى واما قوله وقيل كرا المثل فيحتمل رجوعه
الى هذا القسم وحده ويحتمل رجوعه الى مجموع اجزا المسالة من اولها
الى اخرها وهذا التفصيل الذي ذكره المولف هو معنى كلام ابن حبيب واضرب
عما في المدونة لصعوبته ولعله اكتفى عنه بالقول الثاني
ويشترى ذلك كله قال ابن حبيب اذا بقي من المدة الا شهر او شهران وما لا
ينتفع فيه في الزرع فان كانت من ارض الزرع فليس للمكتري ان يحدث فيها
زرعا الا بكرا مؤتنف ولا يحط عنه لما تقدم شي ولو يهاجرها لنفسه
وليس للمكتري منعه لانه مضار فان زرعها المكتري وقد علم
ان الوجيبة تنقضي قبل تمام الزرع بالامد البعيد فربها مخير ان شا
حرث ارضه فافسد زرعه او اقره واخذه بالاكثر من قيمة الكرا او ان م
من قيمة الكرا او من كرا الوجيبة وان كان ظن الزرع ينقضي عند تمام الوجيبة
فزاد عليها الايام والشهر ونحوه فليس لربها قلعه وله فيما زادت
المدة على حساب كرا الوجيبة وان كانت من ارض البقل فله ان يعمل وينتفع
الى انقضا المدة الوجيبة وان انقضت ولم يبلغ ابانه فان كان حين وضع
البقل في الارض على رجا من بلوغ ابانه وتمامه عند انقضا الوجيبة تجاوز
ذلك بايام او شهر فله كذا ذلك ما ذكرنا وان علم انه لا يبلغ تمامه الا بعد
الوجيبة بامد بعيد فربها مخير في قلع ذلك او تركه وله الاكثر من كرا
الوجيبة او كرا المثل واتينا بكلام ابن حبيب على ما هو عليه لما فيه من
الزيادة المفيدة على ما قاله المولف ولانه قصد الى اختصاره وقال ابن القاسم
في المدونة فمن اكترى ارضا سنة فحصد زرعه قبل تمام السنة فاما
ارض المطر فمحل السنة فيها الحصاد وينقضي بذلك كراؤها واما ذات السقي التي

تكري على امد الشهور والسنين فللمكتري العمل الى تمام السنه فان تمت وله
فيها زرع اخضر او بقل فليس لرب الارض قلعه وعليه تركه الى تمامه وله فيما
بقي كرا المثل على حساب ما اكراها منه وقال غير ابن القاسم ان بقي من السنه
بعد حصاده ما لا يتم فيه زرع فلا ينبغي له ان يزرع فان فعل فعليه في الزياده
من المده الاكثر من الكرا الاول اذ كانه رضيه او كرا المثل وتاول
هذا بعضهم على ان ربها لم يكن عالما به حين زرع قال ولو كان عالما به
فتركه فله بحساب الكرا الاول كما قال غير ابن القاسم في الدابه يكتريها مده
فيتجاوزها واما ما قاله ابن القاسم وله فيما بقي كرا المثل على حساب ما اكراها
منه فقد طرح سحنون يحيى وابن حبيب على حساب ما اكراها وابقى كرا المثل
وهذا الوجه هو الذي اعتمد عليه المولف والله اعلم واختصرها ابو محمد
فقال وله فيما بقي كرا المثل لا على ما اكراه وهو معنى ما قاله سحنون ودرات
ووقعت المسله في سماع ابي زيد في زياده مده الكرا وهكذا وهذا هو في
كتاب الرواحل من المدونه في التعدي في المسافه واختصر ابن ابي زمنين
مسله الزراعه فقال له كرا ارضه على حساب ما اكراها منه قال
بعض الشيوخ وهذان القولان معروفان في المسله وكان هولا فهموا ان الكلام
الذي غيره سحنون متناقض قبل تغييره وقد ذهب ابن لبابه الى انه ذكر
القولين في المدونه فاختلط ذلك على السامع وظنهما قولا واحدا واستحسن ابن
يونس بقا الروايه على ما هي عليه قال ووجهه ان المكري والمكتري دخلا على ان
للمكتري الانتفاع بالارض جميع السنه وقد علمنا ان بعض البطون قد
يتقدم ويتاخر لما يطرقها من العاهات فكانهما دخلا على ذلك فلم يكن
المكتري متعديا فلذلك قال على المكتري في الزياده كرا مثلها على حساب
ما اكتراها منه قال ومعنى ذلك ان يقوم كرا الزياده فان قيل دينار قيل
وما قيمه السنه كلها فان قيل خمسه فقد علمنا انه وقع للزياده مثل خمس

ان

كرا السنه فيكون عليه الكرا الاول ومثل خمسه كما لو تعطل عليه شهر
من السنه بسبب غرق الارض لسقط عنه كرا مثله من حساب ما اكترى وهو
حصته من الكرا فكذلك اذا زاد شهرا يكون عليه كرا مثله من حساب ما اكترى
وهو حصته من الكرا وكانه دخل في العقد وقوله ولو زرع ما ضرره اكثر
مما هو له فللمالك قلعه واخذ ما بين القيمتين مع الكرا ان يعني ان المكتري
كما تقدم ان يزرع ما ضرره مثل ما عقد عليه فاذا تعدى فزرع ما
ضرره اكثر فرب الارض مخير بين ان يامره بقلعه كما يفعل مع الغاصب
وله ابقاوه واخذ ما بين القيمتين في الكرا مع كرايه الاول وهذا اذا
عثر عليه بعد الزراعه وقبل طيب الزرع ولو كان بعد طيبه لم يكن له
الا ما بين القيمتين وان كان ذلك لا يفوت الزراعه فاراد ان يزرع ما ضرره
اكثر واذن له في ذلك رب الارض فظاهر المدونه جوازه لان ذلك يعيب
الارض فهو حق ادمي يسقط بالاذن وتردد بعض الشيوخ في جوازه
اذا كان الامران مختلفين لانه يصير كمن نقل الصانع من صنعه الى
صنعه وكمن اراد ان ينقل الحمال من طريق الى طريق اخرى تخالفها
ولو استاجر للغرس والبنا سنين فانقضت فللمالك اخذه بالقيمه مقلوعا
بعد اسقاط ما يغرم على القلع والاخلا هذا مثل ما تقدم في العاريه
والكلام فيهما واحد قال بعض الشيوخ وانما يكون لرب الارض ان يامره
بالقلع اذا لم يكن في الشجره ثمر او كان فيها ثمر لم يوبر فان كان فيها ثمر
قد ابر اجبر رب الارض على بقايها الى طيبه وعلى المكتري كرا المثل
كما لو انقضت المده وفيها زرع لم يثمر قال ابن القاسم في المدونه ولا باس
ان يكتريها حينيذ من ربها سنين مستقبله قال ولو اكتريتها ثم اكريتها
من غيرك فغرسها ثم انقضت مده الكرا وفيها غرسه فلك ان تكتريها
من ربها سنين مستقبله ثم ان رضا الغارس والا قلع غرسه وقال غيره

قبل

لا يبيع من الحنا يعامل الغارس ورب الارض على ما يحوز ثم يكري ارضه
ان شا الا ان يكري ارضه على ان يقلع غلل الشجر وكانه على هدا دخل عند
ابن القاسم لان المكتري ان يفعل ما كان لرب الارض فعله واستشكل قول
غير ابن القاسم هنا وكلام التونسي فيه معروف قال ابن القاسم في المدونه واذا
انقضت السنون وللمكتري في الارض زرع لم يبد صلاحه لم يجز لرب الارض
شراوه وانما يجوز بيع زرع اخضر يشترط مع الارض في صفقه وكذلك
الاصول بثمرها وان لم يشترطه المبتاع فان ما ابر من الثمره او ما ظهر من الارض
من الزرع للبايع واذا لم تؤبر الثمره ولم يظهر الزرع من الارض فذلك للمبتاع
وراي الشيخ التونسي ان الاشبه جواز شرا هدا الزرع لرب الارض لانه قابض له بقبضه
الارض المحتويه عليه وحديث النهي عن بيع الثمار قبل ان يبدو صلاحها لا
يتناول هذه الصوره لان تلك ضمانها من البايع ومسلتنا الضمان فيها من المبتاع
للقبض الذي قلناه قال وعلى هدا المعنى اجاز عبد الملك شرا جنان فيه ثمره
بثمن او بجنان اخر فيه ثمر خالفها واستدل على ان الثمره مقبوضه فيما
اختاره مما لو اشترى ثمره على التبقيه ثم اشترى الاصول فلم يفطن لذلك حتى
اذهبت الثمره كان على المشتري قيمه الثمره يوم اشترى الاصول وعدوه قابضا
للثمره بشرايه الاصول ورد عليه ابو عبد الله الذكي بان الحكم في الاصل معلل
بالتبعيه وتلك العله مفقوده هنا وفي هدا الرد نظر ومسايل هدا الفصل
كثيره فلنقتصر منها على هدا القدر لانه اللايق بكلام المولف وقوله
ولو حمل على دابه اكثر مما شرط فعطبت فان كان مما تعطب بمثله خير ربها
في قيمه كرا ما زاد مع كرايه او قيمتها يوم التعدي كما لو تجاوز المجاز وان لم
تعطب على المشهور وعليه العمل اشتمل كلامه هنا في تعدي المكتري على
مسلتين احداهما ان يزيد على القدر الذي اشترطه وتلك الزياده مع الحمل المشترط
جميعه مما يعطب في مثله وان رب الدابه يكون مخيرا بين اخذ قيمه كرا تلك الزياده
مع الكرا المشترط او قيمه الدابه وحدها لانه تعدى على الدابه يوم الزياده فكانه اذكى

قيمتها

قيمتها يوم ذهبت المنفعه بحالها للمتعدي وان سقط عنه الكرا في الدابه اخذ
منه الكرا الاول مع قيمه كرا الزياده وهدا اذا كانت الزياده في اول
المسافه وان كانت في اثنا المسافه بعد سير النصف او الثلث واختار رب الدابه
اخذ قيمه الدابه فله قيمه الدابه يوم التعدي ونصف الكرا او ثلثه قال بعض
الشيوخ في صفه كرا الزياده ان يقال كم يساوي كرا هده الزياده على هده الدابه
المحمله حسبما تعدى عليها المكتري فيكون ذلك لربها مع كرايه الاول وقال
غيره يكون له الكرا الاول وفضل الضرر كمن اكترا ها لحمل شي فحمل اضر منه وانقلب
فانه يكون له فضل الضرر ونرد ابن يونس في ذلك كله وهو الشيخ الذي له صدر
هدا الكلام والمسله الثانيه التي اشتمل عليها كلام المولف ان يتعدى المكتري
في المسافه فذكر المولف انه يضمن بالزياده في المسافه عطبت الدابه او لم
تعطب وذكر انه المشهور وعليه العمل وهو الصحيح لكن بشرط ان تكون تلك الزياده
كثيره او طال زمان حبسها او انصرف الى ان تغير سوق وشبهه واما لو جرت
الزياده على المسافه من غير طول فلا قال ابن القاسم في المدونه واذا بلغ المكتري
الغايه التي اكترى اليها ثم زاد ميلا ونحوه او اميالا او زياده كثيره فعطبت الدابه
فلربها كرا الاول والخيار في اخذ قيمه كرا الزياده بالغا ما بلغ او قيمه الدابه يوم
التعدي قال ابن المواز وقيل انه ضامن ولو زاد خطوه قال ابن القاسم عن مالك يضمن في
زياده الميل ونحوه واما مثل ما يعدل الناس اليه في المرحله فلا يضمن قال ابن القاسم
في المدونه ولو ردها بحالها بعد زياده الميل والاميال وبعد ان حبسها اليوم
ونحوه قال مالك عند ابن حبيب او اياما يسيره لم يضمن الا كرا الزياده قال ابن القاسم
واما ان كثرت الزياده او حبسها اياما او شهرا وقال ابن حبيب اياما كثيره مثل الشهر
ونحوه وردها بحالها فلربها كرا الاول والخيار في اخذ قيمتها يوم التعدي او كرايها
فيما حبسها فيه من عمل او حبسه اياها بغير عمل ما بلغ ذلك وان لم تتغير وقال غيره ان كان
ربها حاضرا معه بالمصر فانما له فيما حبسها بحساب الكرا الاول وكانه رضي به لانه
كان قادرا على اخذها وكذا لو كان المكتري رضي منه بالمسمى وان كان غايبا عنه ورد الدابه بحالها
فله في الزياده الا كثر من قيمه كرا الزياده او من حساب الكرا الاول على ما شا ان لا

صوابه بما لم يوذن

وان شا فيقيمه الدابه يوم حبسها وكراوه الاول في كل حال وتشبيه المولف المسله الاولى
بالثانيه في مجرد الحكم لا في سببه واشار بقوله وعليه العمل الى ان تفرقتهم في المسله الاولى
بين ما تعطب فيه الدابه من زياده الحمل وما لا تعطب فيه وتسويتهم في الثانيه بين قليل المسافه
وكثيرها اذا عطبت على خلاف مقتضى النظر وهو صحيح وما يذكرونه في الفرق بين ذلك بعيد وذلك
انهم يقولون ان الذي ادى في الحمل اختلط حادثه فيه بما لم يختلط فينبغي ان ينظر في تلك
الزياده هل هي مما يعطب بمثله ام لا واما زياده المسافه فهي تعد محض غير مختلط بشي مما
اذن فيه فالمكتري حينيذ كغاصب وضع يده على دابه فيضمنها وان هلكت بامر من
الله تعالى فكيف اذا انضم الى ذلك التصرف الا انك تعلم ان الدابه انما هلكت هنا بمجموع
التعب الحاصل لها بسبب التصرف الماذون فيه السابق على تصرف العدا فقد صار سبب
الهلاك مركبا من جزين احدهما ماذون فيه والاخر غير ماذون فيه كالزياده في الحمل
وقوله وان كان مما لا يعطب بمثله فله كرا ما زاد كما لو لم تعطب هذا الكلام يحتمل رجوعه
الى المسله الاولى وهي الزياده في الحمل لا في المسافه ويكون مذهبه ان زياده المسافه موجبه
للتضمين سوا كان مما يعطب في مثله او لا على ما قلنا فوق وهذا انه ظاهر كلامه وهو خلاف ظاهر
الروايات ويحتمل رجوعه الى مجموع المسلتين ويكون مذهبه انه يفصل في زياده المسافه بين
القليل والكثير فلا يضمن الا في الكثير الذي يعطب في مثله فيتم التشبيه في قوله كما لو لم تعطب
في المسلتين معا وقوله وتنفسخ بموت العين المستاجره كموت الدابه المعينه وانهدام
الدار وتحسب ما مضى في هذا مما لا اشكال فيه ان الاجاره تنفسخ بموت الدابه المعينه وانهدام الدار
وكذلك كل معين من عبد وثوب وغيرهما لتعذر خلف المعين فان قلت لم لم يكتف
المولف بقوله العين المستاجره عن قوله في المثال المعينه وهلا اكتفى بقوله كموت الدابه
وحيث لم يكتف بذلك فلم لم يقل والدار المعينه قلت انما لم يكتف بلفظ العين عن المعينه
لان المكتري اذا اتى بغير دابه في الكرا المضمون فماتت عنده صدق عليها انها عين مستاجره
ولا ينفسخ الكرا بموتها فاحتاج من اجل ذلك الى لفظه المعينه واما حذفها بعد
قوله والدار فلان الكرا في الربع لا يكون الا معينا ولا يكون مضمونا على ما تقدم فلا
يحتاج الى زياده المعينه لعدم قبول المحل لضدها والله اعلم واما قوله وتحسب ما
مضى فمعناه ويكون لرب الدابه والدار من الكرا بحسب ما مضى من المده ونسبته من جميع المده
على التقويم فقد يكون نصف المسافه والكرا له من الكرا اقل من النصف او اكثر

على حسب

على حسب رغبه الناس في تلك الدور وزهادتهم فيه وقوله ولو سكن الم السن او عفا
عن القصاص انفسخت ✽ هذه المسله تقع في بعض النسخ ومعناها ان من استوجر على ان
يقلع لرجل سنا به الم او استوجر على ان يستوفي القصاص من رجل للرجل فسكن الم
السن او عفا من له القصاص فان الاجاره تنفسخ وان كان محلها باقيا والقياس ان يكون للاجير
اجرته كامله لانه قد مكن من نفسه الا انه لما منع الشرع من ازاله السن التي سكن
المها ومنع ايضا من قطع العضو الذي عفي عن صاحبه تعذر وقوع ذلك الفعل في ذلك
الشخص ووجود مثله متعذر فكان مثل مسله الرضيع التي يذكرها المولف الان ووجب فسخ
الاجاره وقوله واما محل المنفعه فان كان مما يلزم تعيينه كالرضيع والمتعلم فكذلك
والا لم تنفسخ على الاصح كثوب الخياطه ✽ مراده بمحل المنفعه هو ما يطلق عليه اهل
زماننا ما تستوفى به المنفعه واطلاقهم احسن من هذا فان قوله محل المنفعه لا يفهم
منه الرضيع ولا المتعلم نعم هو ظاهر في ثوب الخياطه وقد تقدم هذا كله وحيث فسخنا في
هذا الاصل فيكون للمكري بحساب ما مضى كما قاله المولف فوق هذا وظاهر كلامهم هنا انه
لا فرق بين ان يكون المكتري استوفى اكثر المنفعه او اقلها واذا عددنا موت الدابه
المعينه كاستحقاق جز معين من الصفقه في البيع وجب في الدار ان يفسخ ما مضى من المده
كمن اشترى ثيابا ففات عنده اقلها ثم استحق اكثرها فاختلف هل يلزمه فيما فات عنده
ما ينوبه من الثمن وهو مثل قولهم هنا في الكرا وقيل يلزم المشتري هنا قيمه الفايت وعلى هذا
القول يلزمه هنا قيمه ما سكن او ركب فتامله وقوله ولو استاجر الدابه الى مكان وشرط انه ان
وجد حاجته دون ذلك حاسبه جاز ✽ هذه المسله اجازها مالك في الموازيه والعتبيه
بشرط عدم النقد ولا يجوز بشرط النقد لما يدخله من الغرر وبيع وسلف قال بعض الشيوخ
ومثل هذا الذي يكري الدار سنه على انه ان خرج قبل السنه حاسبه بما سكن ومثل قوله في
المدونه في الذي يستاجر الرجل شهرا على ان يبيع له ثوبا على ان المستاجر متى شا ان يترك
ترك ان كان الجعل بعد الا ان لم ينقد لانها اجاره ومنع سحنون مسله المولف ومسله المدونه
هذه نقدا او لم ينقد واجاز مسله الدار بشرط عدم النقد قال ولا يختلفون فيها قال وانما
منع سحنون مسله المدونه لانها كالخيار الى امد بعيد قال وليس كما قال لان الخيار انما هو
الان وكلما مضى من الشهر شي كان بالخيار فيما بقي فليس كالسلعه التي يشتريها على انه

موقفها

بالخيار فيها مدة طويلة لانه يحتاج الى موقفها الى انقضاء امد الخيار فلذلك لا يجوز وليس ذلك
في الاجارة والكراء الا ان يكتري الدابة على ان يركبها بعد شهر او يستأجر الاجير على ان
يخدمه بعد شهر على انه بالخيار في الاجارة والكراء وقوله وتنفسخ بغصب الدار وغصب
منفعتها وبامر السلطان بغلق الحوانيت ه هذا هو الظاهر وفيه نظر لان المنافع تنقضي
على ملك المكري وقد نص ابن حبيب على التسوية بين الوجهين الاولين وعليه حمل قول مالك
وذلك سعي في امر السلطان بغلق الحوانيت ع قال ابن حارث عن سحنون الجائحة من المكتري
واختار ابن حارث التفرقة بين غصب الرقاب فتكون الجائحة من المكري وان غصب المنفعة
فالجائحة من المكتري وينبغي ان يكون هذا الخلاف مقصورا على ما اذا غصبت المنفعة
او الرقبة بعد قبض المكتري اياها واما لو كان ذلك قبل القبض فتكون المصيبة من المكري
لان المكتري لم يتمكن من القبض وقوله ولا تنفسخ باقرار المالك ه يعني ان الاجارة بعد
انعقادها لا تنفسخ باقرار المكري لاجنبي بالرقبة للتهمة على الندم في عقد الكراء ويكون
المقر له مخيرا في اخذ الاجرة وينتظر باخذ الرقبة انقضاء امد الاجارة او يضمن المقر
قيمة الرقبة وقوله ولو حبس الثوب او الدابة المدة المعينة ثبتت الاجرة اذ التمكن
كالاستيفاء ه يعني لو حبس المكتري الرقبة في المدة المعينة حتى انقضت ولم ينتفع بها فيما
اكتراها له لزمته الاجرة اذ لا يلزم مالك الرقبة الا التمكين وهذا اشد من التمكين
لان التمكين يتصور مع بقاء الرقبة بيد ربها [illegible] وقد قبضها المكتري وقوله
فلو زاد فثالثها ان كان المالك حاضرا فنسبة المسمى والا فالاكثر ه يعني فلو زاد
المكتري على المدة التي استأجر الى انقضائها وحبس الرقبة بعد ذلك ولم يستعملها
فاختلف فيما يلزمه في تلك الزيادة على ثلاثة اقوال احدها انه يلزمه نسبة ما سمى
والثاني يلزمه القيمة من غير التفات الى النسبة والثالث التفصيل بين ان يكون
مالك الرقبة حاضرا فيلزمه نسبة المسمى او لا يكون حاضرا فيلزمه الا الاكثر من النسبة او
القيمة والاصل لزوم قيمة الانتفاع لان المنفعة اتلفها المكتري بغير اذن مالكها
وهي من ذوات القيم الا ان يقوم دليل منفصل على رضى المكري او صاحب الرقبة بشيء
فيصار اليه وقوله وفي اسقاط بعضه بتقدير الاستغلال قولان ه انظر الخوض
باضافة بعضه اليه عائد الى العوض الذي هو اعم من القيمة او النسبة او الاكثر
والخلف في اسقاط بعض ذلك بسبب ان الرقبة المكتراة لم تستعمل في الزمن الزائد
على المدة فرب الثوب يبقى له ثوبه غير منهوك ولو استعمله المكتري لنقص في ذاته

او في صف

او في صفته فهل ينقص لاجل ذلك شيء مما لزم المكتري فيه قولان والاقرب انه ينقص
لكن اختلف في معرفة كيفية النقص فقال بعض الشيوخ هو ان يقال كم كراء الثوب
ملبوسا شهرا فان قيل عشرة قيل كم ينهكه اللابس في هذا الشهر فان قيل خمسة كان
على حابسه خمسة دراهم لانه قد رد عليه الثوب غير ناقص وكذلك الدابة يكريها
واعترض ابن يونس هذا بان ما ينقصه اللبس قد يكون مساويا للكراء فاذا يسقط
لم يجب لرب الثوب شيء فيذهب حقه في امساك المكتري الثوب باطلا ورأى انه يقوم الثوب
على انه حبس من غير انتفاع وما قابل ذلك من العوض عند اهل المعرفة دفع للمكري
وانظر هل توجد الثلاثة في الفرع السابق والقولان في الفرع الثاني على الوجه الذي
ذكره المؤلف وقوله ولو كانت المدة غير معينة فحبسها فخلاف والكراء الاول باق
ه يعني لو اكترى دابة على ان يسافر عليها مثلا الى بلد معين ولم يبين اول الزمان
الذي يخرج فيه فحبسها عنده للنزهة في مدة حبسها ما ذكره المؤلف فوق هذا على
القولين ثم الكراء الاول بينهما باق على ما كان عليه لعدم تعيين مدة الكراء هذا
اصل المذهب وقد يقال ينفسخ الكراء الاول لان المدة وان لم يعيناها فهي متعينة
بمقتضى الحال الا ترى انهما لو تنازعا لحكم لمن اراد الاستعجال بايقاع العقد على ما يقتضيه
العرف وقوله ولو اخلفه رب الدابة لم تنفسخ ولو فات ما كان يرومه الا ان
كان يكتري يوما بعينه كالحج لان الايام في الحج متعينة ه يريد ان من اكترى
دابة ليركبها الى بلد فاخلفه ربها حتى فاته المقصود الذي لاجله اكترى الدابة
فالكراء الاول باق على ما عقدا عليه ويكريها المكتري من غيره ان احب قالوا لانه
لم يقصد الى تعيين الايام وفيه نظر ولا سيما على ما في المدونة قال مالك فيمن
الدابة بعينها مكتريها ليركبها الى غد فيغيب ربها ثم ياتي بعد اليومين والثلاثة
فليس له الا ركوبه قال غيره ولو رفع الى الامام نظر وفسخ ما الى الضرر وكمن اكترى
دابة الى معينة فاغلق في سفره ثم قال في المدونة عن ابن القاسم مثل قول مالك وقال
ابن المواز وذلك كشراء سلعة بعينها يدفعها من الغد او مضمونة فمطله بها حتى
فاته ما يريد فلا حجة له وانما له السلعة وقاله مالك في الاضاحي اذا اسلم فيها فيؤتى بها
بعد ايام النحر انها تلزمه واما ما استثناه المؤلف من قوله الا ان كان اكترى يوما بعينه

فظاهر وهذا من لوازم التعيين ان العقد ينفسخ بتعذر استيفائه واما قوله بخلاف
ايام الحج الى اخره فهو راجع الى اصل الكلام وذلك بين لقوله لان الايام في الحج متعينه
وذلك نص عليه ابن المواز قال ان ايام الحج متعينه فاذا فاتت انفسخ الكرا قال وذلك
كل ما كان في ايام بعينها ولا يتمادى وان رضيا بر يريد اذا تعذر الكرا فتماديه بعد
وجوب الفسخ اقتضا مانع عن دين وابن القاسم لا يجيزه وقوله ولو اجر مستحق
الوقف ثم مات قبل مدتها ففي انفساخها قولان يعني ان من حبست عليه دار ونحوها
ليستغلها ثم على اخر بعده كذلك فاكراها الاول منهما مده ثم هلك فان اكرا
الاول من الكرا فهو له وما بعد ذلك من المده فاختلف فيه هل يلزم فيه الكرا
الذي عقده الاول لانه فعل ما كان له فعله ويكون ما ينوبه من الكرا للثاني او ينفسخ
فيه قولان الكرا الا ان يمضيه الثاني لان الاول اجنبي بالنسبه الى باقي المده
فلا يلزم العقد فيها كما لا يلزم بيع الفضولي وهذا هو القياس والاول استحسان
والله اعلم ولا منافاة ان بعد قوله قبل مضاف اي قبل انقضاء مدتها والضميران
من قوله مدتها وانفساخها راجعان الى الاجاره وقوله ولو اجر الوصي الصبي
مده فبلغ قبلها انفسخ في الباقي الا ان يظن انه لا يبلغ قبلها فيلزم ان كان الباقي
يسيرا كالشهر ه هكذا قال في المدونه وهو صريح جلي ان للوصي ان يواجر يتيمه
وانظر هل ذلك عام في اليتيم سواء كان له مال او لم يكن وقال بعضهم انما يواجره الاب
او الوصي اذا لم يكن للطفل مال فان كان لذي مال وللتيم اسلم لتعلم القران او التجاره
وما اشبه ذلك من صناعته مما يصلح لمثله والا فلا وتعليقه الفسخ على البلوغ
اخذ منه بعضهم انه ينفسخ بالاحتلام فيخرج من الايصا وقال بعض الشيوخ
انه لا يختلف ان هذا لا يكون في الوصي وانه لا يخرجه من حجره البلوغ قال
واختلف في الاب وتاول هذه المسالة غير واحد على انه رشد حين احتلامه
ولم يلزم الصبي باقي المده الا بشرطين احدهما ان يظن به تمادي حاله من
عدم البلوغ حتى تنقضي مده الاجاره والشرط الثاني ان يكون الباقي من المده
بعد البلوغ يسيرا واسقط بعضهم اعتبار هذا الشرط وللحق اجارة منافعه
في نفسه بمنافع ربعه وقوله ولو كان ربعه ودوابه فقيل مثله وقيل

ويلزم وان

ويلزم وان كان الباقي كثيرا القولان في المدونه والاول منهما قول غير ابن القاسم والثاني
قول ابن القاسم والفرق عنده بين منفعه اليتيم في نفسه ومنفعه ربعه ودوابه شده
الضرر في الاول وخفته في الثاني لان التحجير على الانسان ومنعه من التصرف في نفسه
اعظم من تحجير بعض ماله عليه واختار بعضهم قول غير ابن القاسم الا انه قيده بشرط
الا يكون الوصي فعل ذلك من اجل حاجه الى الانفاق في زمان ان لم يفعل باع تلك الارض
والدار فيلزم حينئذ ولو طال المده وقوله وربع السفيه البالغ سنتين وثلاثا
يمضي وان رشد وقيل في السنه ونحوها فقط ه يعني ان ولي السفيه البالغ اذا عقد
على ربعه سنتين او ثلاثا ثم رشد قبل تمام مده الاجاره لزمه باقيها سوا بقي منها
كثير او قليل اذ ليس له غايه ينتهي الحجر اليها او يظن به تغير حاله عندها بخلاف
ذلك في الصغير هذا قول ابن القاسم في المدونه والقول الثاني ايضا لغير ابن القاسم
في المدونه وتصوره ظاهر وينبغي ان يتقيد هنا بما قيد في الفرع الذي قبله وقوله
ولا تنفسخ الاجاره بعتق العبد ه يعني ان من اجر عبده من رجل ثم اعتقه لم يجز
عتقه في الحال لتعلق حق الذي استاجره بمنفعته قبل اعتاق السيد له كما لو باعه
او وهبه بعد ان اجره وهو ظاهر وقوله واحكامه احكام عبد حتى تنقضي ه
يريد انه في شهادته والقصاص له منه وشبه ذلك من شهادته وغيرها حكم
العبيد لانه يساوي العبيد في جميع احكامهم الا ترى انه لا يجوز لسيده وطؤها ان كانت
امه وقوله واجرته لسيده ان اراد انه حر بعد المده ه يعني ان السيد اذا
اراد انه حر بعد انقضاء مده الاجاره صار كالمعتق الى اجل والمنافع وعوضها في
ذلك الاجل تكون للسيد لا للعبد وان اراد سيده انه حر من حين انشا العتق فيه
فالمنفعه او عوضها تكون له لا للسيد وذلك من يوم انشا فيه العتق وان قلت واذا كانت
احكامه كاحكام العبيد فلم لا يرده الدين اللاحق بعد العتق قلت لما قلناه الان
ان من اضعف اموره ان يكون كالمعتق الى اجل والمعتق الى اجل لا يرده الى الرق ما
استدانه سيده بعد انشا العتق وانما يرد عتقه ما تقدم من الدين على ذلك وقوله
ولا تنفسخ بفسق المستاجر كشربه وسرقته وان لم يكف اجرها الحاكم عليه فيبيعها لو
كان تملكه ه يريد انه اذا ظهر من مكتري الدار فسق يشرب فيها الخمر او سرقه يخشى

عليه ان يلجدا بوابها لم ينفسخ الكرا بسبب ذلك وامره الحاكم بالاستقامه فان لم يكف
عما نهي عنه اخرجه الحاكم عن الدار واكراها على المكترى قال الشيخ اللخمي وارى
ان يخرجه ان لم يتيسر كراوها من يومه وما قارب ذلك ويخلى حتى ياتي من يكريها
وان لم ياتِ مكتر حتى خرج الشهر الذي اكراه لم يسقط عنه الكرا واما قول المولف
يبيعها لو كانت ملكه فمعناه ان حكم المنافع على الوجه الذي ذكره كحكم الرقاب
وهو اشاره منه الى ما قاله مالك في كتاب ابن حبيب في الفاسق يلوط بين اظهر القوم
في دار نفسه ان السلطان يعاقبه على ذلك ويبيعه فان لم ينته اخرجه عنهم
ويبعت عليه قال الشيخ ابو الحسن اللخمي وارى ان يبتدي بعقوبته بجرمه فان انزجر
والا اكريت عليه فان لم ينته وكان ياتي الاذى الجيران ويقول انا اذى لداري
وما اشبه ذلك بيعت عليه وقوله وتجوز استيجار المالك من المستاجر يعني
ان رب الدار مثلا اذا اكراها جاز له ان يكتريها من مكتريها وكذلك الدابه وغيرها
مما يجوز كراوه ورب الدار والاجنبي في ذلك سوا وانما يمنع ذلك من منع الاكرا من
المكتري واضافه استيجار الى المالك اضافه المصدر الى الفاعل لا شك فيه وهذا
القدر الذي قلناه هو مقصود المولف واما مسايل الاقاله ولا تعلق لها بكلام المولف
وامتناع بعضها انما جاء من امر منفصل وهو ما يودي اليه من بيع وسلف ومن
فسخ الدين في الدين الى غير ذلك لا ان استيجار المالك لا يصح من المستاجر ولو اشار المولف
الى شي من مسايل الاقاله لاستوفيناها وقوله ويقوم الوارثان مقام المستاجرين
يريد لان الاجاره لا تبطل بموت احد المتعاقدين رب الدابه او المكتري ولا
بموتهما معا بل يتنزل الوارثان في ذلك منزله الميتين كساير الحقوق الماليه خلافا
للحنفيه وقد جمع المولف هنا في التثنيه بين اسم الفاعل واسم المفعول حيث قال
المستاجرين وهو غير جايز اذ ليس ذلك بضم اسم الى مثله وقوله واذا عطبت
السفن او عرض بما معها عن البلاغ فقال مالك وابن القاسم هو على البلاغ فلا شي
لربها ولو غرق بالساحل قال ابن نافع حكمها حكم البر ما سارت عليه بحسابه وقال
اصبغ ان ادرك ما منا ما يكرى السفر منه او حاذاه فكالبر والا فعلى البلاغ بنا
على انها جعاله او اجاره او تنقسم ٥ الى ما هو على حكم عطب السفينة قبل بلوغها

الى الغايه

الى الغايه هو اشهر مسايل الكريه السفن ولذلك اتى به المولف اول الفصل ثم عطف عليه
من المسايل ما يقاربه في الشهره والذي اتى به من ذلك قليل من كثير والنوازل في هذا
مشهوره لشده مسيس الحاجه الى مسايله والاظهر قول ابن نافع انها اجاره كالبر ولاجل
ولما اشتركت الاجاره على البلاغ والجعاله في ان العوض لا يجب في كل واحده منهما الا
بعد استيفا المنفعه اطلق المولف الجعاله على اجاره البلاغ وهما متباينان الا ترى
ان الجعاله لا تلزم قبل العمل ولا بعده من جانب العامل واجاره البلاغ تلزم قبل العمل
ولا خفا ان الامور الثلاثه التي بنى المولف الخلاف عليها مرتبه على الاقوال الثلاثه يرجع
الاول من تلك الامور الى الاول من الاقوال والثاني الى الثاني والثالث الى الثالث فالجعاله
ترجع الى قول مالك وابن القاسم والاجاره الى قول ابن نافع والانقسام الى قول اصبغ وهو
اضعفها لتردد العقد بين الجعاله والاجاره ولهذا المعنى استضعف بعض
الشيوخ قول ابن القاسم في مكتري الدابه المعينه يهلك ما حمله عليها في اثنا المسافه
بسبب عثارها ولو لم يغره ربها من ذلك انه لا يلزمه شي من الكرا ولو ماتت الدابه
في اثنا الطريق لزمه بحساب ما سارت فحكم لها في الوجه الاول باجاره البلاغ التي
يشبه الجعاله وحكم لها في الوجه الثاني بحكم الاجاره الحقيقيه وقد يسبق الى الذهن
ان روايه ابي زيد عن ابن القاسم تشبه قول اصبغ وذلك ان ابا زيد روى عنه في نوتي
تكارى من تونس الى الاسكندريه فلما بلغ المليدس وقف المركب من قلة الما قال
يحاسبه بمقدار ما بلغ فان ظن انه يلزمه حمله فاكرى عليه فبلغه الاسكندريه
قال لا شي للنوتي لانه لو سا لم يفعل ويخاصمه فانظر كيف جعل له الحساب ما سار
من الكرا قبل لابن القاسم فلو كان وقوف المركب في موضع ليس فيه احد ولا يوجد فيه
سلطان يخشى هلاك المتاع فاكرى عليه قال لعل هذا ولا يشبه هذا الاول قال
القاضي ابن رشد اذا كان الحكم عنده في المركب يقف في الطريق من قلة الما ان يلجد صاحب
المتاع متاعه ويحاسب النوتي في كرايه وحمله مخطي فاذا كان صاحب المتاع لا يلزمه
من الكرا على المتاع فقول ابن القاسم انه لا شي له معارض لقوله في الذي يكرى على حمل
فيخطي ويحمل غيره ان اراد اخذ الحمل لم يكن له الا ان يغرم الكرا وفي الذي استاجر حصادين على
على حصاد زرعه فحصدوا زرع غيره او على ان يحرثوا له فحرثوا ارضا لغيره على ان الذي

نوتي

حصد زرعه او حرثت ارضه ان يقوم للاجارة بقيمة عليهم ان كان لا بد له من الاستيجار عليه
مثل قول اشهب في الذي يخطي فيحمل غير الذي اكتري على حمله قال وما قاله في وقوف المركب
حيث لا سلطان ولا احد يبين على قول مالك في المدونة وغيرها في ملتقط المتاع يحمله الى
موضع من المواضع لا ياخذه ربه الا ان يدفع الى الذي حمله الكرا الذي حمله به قال سحنون
عن ابن القاسم الذي سفينة من الاسكندرية الى الفسطاط فغرقت في بعض الطريق فاستخرج
نصف القمح فحمله في غيرها فلرب السفينة الاولى من كراها ما خرج من القمح بقدر ما انتفع به
ربه ببلوغه الى الموضع الذي غرقت فيه قال سحنون هو كمسالة مالك في الجعل في البير
يحفر بعضها ويتركها ثم يجعل ربها لاخر فيتمها فليعط للاول بقدر ما انتفع به رب
البير فكذلك يعطي رب المركب بقدر ما انتفع به رب القمح وقوله واذا خيف على المركب الغرق
جاز طرح ما يرجى به نجاتها غير الادمي باذنهم او بغير اذنهم وبدا بما ثقل جسمه او
عظم جرمه ٥ يعني اذا خيف على المركب الغرق بسبب ثخنتها ورجي لها السلامة بطرح ما
فيها او بطرح بعضه فانه يطرح منها ما يظن بطرحه السلامة بعد ما لحفظ النفوس على
حفظ الاموال فان قلت حفظ النفوس واجب وان ادى الى تلف الاموال فلم قال المولف جاز وهلا قال
وجب قلت مراده الوجوب ومثل هذه العبارة هي عبارة الاقدمين في مثل هذه المسلة وذلك
ان اتلاف المال لغير فايدة محرم والجواز هو المقابل للتحريم فاذا ارادوا نفي التحريم رفعوه بالجواز
وان كان بقية الاحكام تضاده ويدخل تحت قوله غير الادمي الحيوان البهيمي فيجوز القاوه كالحجر
القا غير الادمي ولما كان القا ما يظن به النجاة واجبا لم يحتج فيه الى اذن المالك وتقديم ما ذكر
تقديمه في الطرح مع تبعضه واجب لان ذلك اقرب لحفظ الاموال الذي هو واجب بمقتضى الاصل
لانه اذا طرح الاثقل القليل الثمن لم يحتج الى طرح غيره واذا ابتدى بطرح الاخف الكثير الثمن
تلف من المال الكثير ما تلف في الوجه الاخر فيتعين ما ذكره المولف واما عظم الجرم المقابل
لثقل الجسم فلا يظهر له كبير فايدة لان المحتاج الى طرحه انما هو الثقيل الاعظم الجرم اذا كان خفيفا
كالصوف وقد تقدم كلام اللخمي الذي ذكر المولف انه نعوذ به في طرح الادمي وذلك في كتاب الجهاد
وقوله ويوزع على مال التجارة فما يطرح او مما لا يطرح عبيدا او ناضا او جوهرا يعني انه يوزع
المطروح على كل ما يقصد به التجارة خفيفا كان او ثقيلا فان كان العين الدنانير والدراهم القلة لا كبير
منفعة في طرحها ومع ذلك فانه يوزع عليها كما يوزع على الثقيل كالرصاص والنحاس وذلك ايضا

يوزع على ما لا يحل طرحه كالعبيد المقصود بهم التجارة كما يوزع على عروض التجارة والذي
ذكره المولف في الدنانير والدراهم هو قول ابن حبيب وقال ابن ميسر انه من كان معه عين
لا يلزمه شي من قيمة ما طرح من المركب لابن ابي مطر ومحمد ابن عبد الحكم وقوله
والمذهب ان المركب وعبيده لا يدخل ٥ اشار بنسبة هذه المسلة الى المذهب مع كون
غيرها من المسايل المتفق عليها كذلك من المذهب الى ان في هذه ضعفا وهي عادته
فيما ينسبه الى المذهب انه كالمتبري من عهدته وانما يحسن ذلك منه اذا كان لم يوجد
في المذهب خلافه واما اذا وجد في المذهب خلافه فالاحسن غير هذا من العبارة
وقد ذكر ابن حبيب عن سحنون ان جرم المركب يدخل في قيمة ما طرح منه ورجحه غير
واحد واذا كان هذا حكم المركب عنده فاحرى ان يكون ذلك حكم عبيده ولعل المولف
ما وقف الا على ما قاله ابن حبيب وابن عبد الحكم قال محمد بن عبد الحكم اجمع اصحابنا ان
المركب لا يدخل في شي من حكم الطرح وقد سيل الشيخ ابو محمد ابن ابي زيد عن مركب كان
مرسيا بالمهدية فاخذه هول فغرز بقاعه قاع البحر فخيف عليه ان يهلك فرمي منه التجار
بعض ما فيه ليخف ولا يصل الى قاع البحر فذهب الهول وخلص المركب فاراد التجار الحمولة
ان يدخلوا المركب في قيمة ما طرح منه وابى ذلك صاحب المركب فقال اذا رمي من ثخنته خوفا
عليه ان يهلك من ثقله بقاعه فانه يدخل في القيمة ويحسب عليه من قيمة ما رمي ما ينوبه
من ذلك وقوله وما ليس للتجارة كالعدم طرح او لم يطرح ٥ مراده بتشبيهه ما ليس
للتجارة بالعدم انه اذا طرح فلا رجوع لصاحبه في مال التجارة واذا لم يطرح فلا رجوع للتجار
عليه هذا هو حقيقة التشبيه قال ابن عبد الحكم عن بعض اصحابنا انه لم يختلف قول مالك
واصحابه في ذلك قلت ولا يبعد خروج الخلاف فيه من الخلاف الذي في المركب وعبيده وقد قال
اهل العراق وهو الذي مال اليه ابن يونس وقال انه القياس انه لا فرق بين عروض القنية وعروض
التجارة في التوزيع قال الشيخ ابو محمد وانما يكون الذين رمي لهم شركا لكل واحد من لم يرم بما
في ايديهم وذلك من لم يرم له شريك لكل من رمي له فيما رمي ولا يكون من لم يرم له شريكا لبعضهم
لبعض فان كان قيمة ما رمي لبعضهم ما سلم كان لرب ما رمي نصف السالم وان كان ما رمي مثل نصف
قيمة ما سلم كان لرب ما رمي ثلث السالم على هذا الشرح وقوله والقول قول المطروح
متاعه فيما يشبه ٥ لم يبين هل قول المطروح متاعه مقبول في ثمن المطروح او في صفته وللمسلة

معروضه عند عنوه في التمن وان كان هذا هو مراد المولف فهذا الفرع انما يمشي على
قول من قال في الفرع الذي بامرهذا ان التوزيع يكون على الاثمان ولم يبين ايضا هو قوله
مقبول بيمين او بغير يمين وقد اختلف في هذا الوجه فقال ابن القاسم هو مصدق مع يمينه
في ثمن متاعه المطروح والسالم ما لم ياتي بما يستنكر ويتبين كذبه فيه وقال سحنون
القول قوله بغير يمين اذا ظهر صدقه الا ان يتهم فيحلف فان القول قوله بغير يمين وفي
المنازعه في مقدار ما طرح لان ثمنه ما دعي من طرح له انه كان متاعا كثيرا وقال صاحب
المركب لم يكن عندي الا اقل ما ادعي فقال بعضهم يرجع الى ما في التنزيل الا ان امرا الناس حرا
عليه قال وما كان في داخل المتاع مما يخفي ذكره في التنزيل فالقول قول صاحب المتاع فيه
مع يمينه اذا اتى بما يشبه ان يملك مثله وخالفه ابن حبيب يونس في قبول قوله مما لم يكن في
التنزيل وان اختلف في صفه المطروح فقال صاحبه صفته كذا وقال الباقون صفته كذا
فقال الشيخ ابو محمد القول قولهم مع ايمانهم وان جهلوا ذلك فالقول قول صاحب ذلك الشي
مع يمينه وان اختلفا في حصول الرمي فقال الشيخ ابو سعيد ابن اخي هشام اذا قال
صاحب السفينه انه رمي بعض حمولتها لهول اصابه وكذبه اصحاب ذلك ولم يكونوا معه
في المركب فهو مصدق في العروض في قول ابن القاسم ولا يصدق في الطعام الا ببينه وقوله
وفي صفه التوزيع اربعه بقيمته وقت التلف واقرب المواضع ومكان الحمل وما اشترى
به ○ القول الاول هو روايه اشهب عن ملك ولعله يرد الى القول الثاني لانه قد لا يكون
له قيمه حين التلف وهو المحقق والذي يدل عليه الوجود فيكون معنى هذا القول
انه تعتبر القيمه يوم التلف ان كانت له قيمه فان لم تكن له قيمه فقيمته في اقرب المواضع
اليه والقول الثالث هو احدي الروايتين عن ملك في المختصر وعنه ايضا في المختصر انه يعتبر
قيمته في الموضع الذي حمل اليه كما قيل في الشي الذي يحمل على الراحله يهلك وهذا القول
لم يحكه المولف والقول الرابع ذكره ابن حبيب عن ملك وجميع اصحابه وذلك هو في
العتبيه عن ابن القاسم قال ابن حبيب فما حكاه عنهم وهذا ان كان اشتروه من موضع
واحد شرا الا محاباه فيه وان كان اشتروه من مواضع او فيهم من اشترى وفيهم من
لم يشترا وقد طال ملكه شرايه حتى حال سوقه فانه يقوم السالم والذاهب بالموضع
الذي ركبوا منه يوم ركبوا ثم يكونون بتلك القيمه شركا في السالم والاقرب هو

النزل

القول الاول معقدا بالقول الثاني وكيف يكونون شركا بقيمته يوم حملوه ولو ضاع
مال احدهم قبل هول البحر لم يضمنوه ولا يحسن ايضا ان يضمنوه بقيمته في الموضع
الذي يحمل غلته مع اتفاقهم انه قد تلف قبل ذلك وقوله والمستاجر امين
على الاصح ○ يعني ان من ملك منفعه بعوض فالقول قوله في تلف الذات التي قبضها
لاستيفا تلك المنفعه سوا كانت تلك الذات من نوع ما لا يغاب عليه كالحيوان او مما يغاب
عليه كالجفنه وهذا هو المعروف في المدونه في المدونه وغيرها وانكر بعضهم وجود
الخلاف في ذلك في المذهب ومن اثبته لم يثبته عموما كما يقتضيه ظاهر كلام المولف
بل هو مقصور عندهم على ما يغاب عليه وذلك ان اشهب روي عن ملك في المدونه
في رجل اكترى جفنه وادعى الضياع انه يضمن الا ان تقوم بينه على الضياع
كما اشار ابن المواز الى انكار كون الروايه هكذا وقال انما الروايه في دعواه الكسر لانه
يقدر على تصديق نفسه باحضار الفلقتين واما الضياع فيصدق وقوى ذلك بانه
في روايه اخرى قال ملك واين فلقتاها قال ابن المواز الا ان يقول سرقت الفلقتان او
تلفتا فان كان بموضع يمكنه احضارها لم يصدق وان كان بموضع لا يمكنه صدق وصحح
القاضي ابن رشد نقل ابن المواز ثم قال ولا اعلم خلافا في تصديق المكتري في الضياع
الا ما لابن القاسم في الدمياطيه في مكتري الدابه يشترط عليه الضمان قال لا ضمان عليه
قال او المناجل والات الحديد يضمنها قال ابو الوليد انه شذوذ قال وظاهر كلامه
في الدابه انه كرا فاسد وعليه في الفوات كرا المثل مطلقا وفسر مسله الدمياطيه
انها كبيع الثنيا يجبر مع القيام ويكون على المكتري في الفوات الاكثر وقوله قال ابن
القاسم ويلزمه جميع الاجره ما لم تقم بينه وقيل يسقط بحسابها ○ معنى المسله ان
من استاجر شيا مما يغاب عليه مده وادعى بعد انقضا المده هلاكه في اثنائها فقال ملك
في المدونه انه يصدق في ذلك قال ابن القاسم فيها ويلزمه الكرا كاملا وقال غير ابن القاسم
وهو اختيار سحنون انه لا يلزمه من الكرا الا ما قال انه انتفع به وكما يصدق في اصل الضياع
فكذلك يصدق في الانتفاع وانما مال المولف في تقييد كلام ابن القاسم ما لم تقم بينه فلم يبين بها
اذا قامت البينه والذي يتبادر الى الذهن ان البينه شهدت بهلاك ذلك الشي من غير سببه
نحو ما يقوله في الرهن والعاريه وليس ذلك مراد ابن القاسم قال في المدونه الا ان ياتي ببينه على وقت

الصباغ وان كان معه فوفر في سفره. فشهدوا انه اعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم حلف
وسقط عنه من يومئذ حصه باقي المده وقول سحنون الطهره لاستحاله اجتماع الصدق والكذب
في قول المكتري وقد الزم ابن القاسم التناقض فيهما فانه هنا و ذلك ان ابن القاسم قال في من
استعار دابه يركبها الي موضع فلما رجع زعم ربها انه انما اعاره اياها الى دون ما ركبها اليه
ان القول قول المستعير في دفع الضمان والكرا وقال سحنون القول قول المستعير في الضمان
لا في الكرا ولا يخفى عليك وجه السوال واجيب عن ابن القاسم بان مسله الكرا اقر المكتري فيها
بالكرا وادعى ما يسقطه فعليه بيان ذلك وفي مسله العاريه الاصل عدم العاريه تعديه في
المسافه فالقول قوله في نفي العدا بالزياده في المسافه واجيب عن سحنون بان مسله العاريه هي
معروف صنعه المعير مع المستعير فوجب قبول قول ربه فيما صنعه منه فيلزم المستعير
كرا الزياده التي لم يعترف المعير بها ولا يلزم على تكذيب المستعير فيها وجوب ضمان الدابه
لان الذمه لا تعمر بمجرد دعوى الخصم وهو المعير وفي هذا الجواب نظر وقوله وفي ضمانه
ما اجر لغيره ثالثها المشهور ان كان مثل امانته لم يضمن ه هذا الكلام على اطلاقه في
كل مستاجر من دار وعبد وغيرهما لا يصح وايضا فان كلام المولف يقتضي ان مكتري الدابه
اذا اكراها لمن ليس مثله في التحفظ عليها بل هو دونه في ذلك او اثقل جسما وشبه ذلك
انه لا ضمان عليه في قول ولا يوجد مثل هذا والله اعلم وقد تقدم ما في المذهب من جواز الكرا
وكراهيته قبل هذا والاقرب سقوط الضمان اذا قلنا بالكراهه واحرى على القول بالجواز
وقوله واما الصانع كالخياط والصباغ فضامن وحكاهم عن ابي بكر وعمر وعلي رضي الله
عنهم على تفي بيته او حانوته باجر او بغير اجر تلف بصنعته او بغير صنعته اذا انتصب
للصنعه ولم يكن في بيت رب المال السلعه ولم يكن ملازمه فان كان احدهما فامين
ه لما قدم ان المستاجر امين بمعنى انه لا ضمان عليه واتبع ذلك ما يليق به من الفروع اخذ
الان يتكلم في ضمان الاجير وعين من انواعه الصانع المغير للعمل سوا كان تغييره
للمصنوع في ذاته كالخياط او في صفاته كالصباغ وقد اختلف العلما في تضمين الصناع
فمنهم من اسقطه جمله ويعزى للشافعي ومنهم من اثبته بشرط ان يعملوا باجر وينسب
لابي حنيفه ومنهم من اوجب ذلك بشروط اخر وهو قول مالك على ما يتفسر عليه كلام
المولف والاصل سقوط الضمان ولكن عمل الصحابه الذين ذكر عنهم المولف يستلزم

وسحنون

وجود

وجود النص على ذلك غالبا فان لم يكن نص فلا ضمان قياسا على غير المغير من الاجرا
على انه قد نقل عن علي رضي الله عنه سقوط الضمان ومراد المولف بقوله تلف بصنعته
اي ما يفسد بعمل الصانع وشبه ذلك وبغير صنعته حاير عمل الصانع ان السارق
احده ولم يقم على ذلك دليل ثم شرط المولف في لزوم الضمان للصانع ان يكون
منتصبا للصنعه وذلك ان اهل المذهب ومن وافقهم في الضمان قالوا انما ضمن
الصانع لاحتياج الناس الى صنعته فلو لم يضمن لاكل اموال الناس اذ لا بد لهم من
دفع المصنوع اليهم فغلب رعي المصلحه العامه وهي الضمان على رعي المصلحه
الخاصه وهي سقوط الضمان كما روعي ذلك في التلقي وغيره وتلك المصلحه العامه
لا تصلح الا بانتصاب الصانع لصنعته بخلاف الصانع المخصوص الذي ياتي به
الانسان الى منزله ونسبه من الصناع وهذا هو مراد المولف بقوله ولم يكن في بيت
رب السلعه واما قوله ولم يكن ملازمه فمعناه ولم يذهب رب السلعه الى موضع
الصانع فيلازمه حتى يتم ما صنعه له فانه بسبب حضوره معه يشبه الصانع
الخاص والحاصل ان الاتيان بالصانع الى منزل رب السلعه يوجب كون الصانع مخصوصا
وذهاب رب السلعه الى منزل الصانع ليحضر العمل يوجب شبه الصانع المخصوص
وكل واحد من هذين الامرين مانع من تضمين الصانع وهذا هو مراد المولف بقوله فان
كان احدهما فامين اي فان كان الحاصل احد الامرين الا انه اذا اعطى اللفظ حقه يكون
مراده فان حصل احد الامرين الذين ذكرناهما وليس المعنى على ذلك فان المعنى وان
كان الحاصل نقيض احد الامرين لا احد الامرين فان المانع من الضمان هو ان يكون في
بيت رب السلعه او يكون ملازمه فتامل هذا الموضع قال الشيخ اللخمي يختلف اذا عمله
الصانع في حانوت نفسه بحضره صاحبه فقال محمد القول قول الصانع في تلفه وفي
كتاب ابن حبيب في مثل ذلك انه ضامن قال وليس بحسن وقال غيره ان ما لك قال في كتاب
ابن المواز وقاله ابن حبيب وغيره يضمن الصناع جميع ما عملوه باجر او بغير اجر اكثر العمل
او قل مثل رفو ثوبا ورقعه او طوق او فص خاتم وسوا كان ربه حاضرا قال ابن يونس
بريد في فساده او غايبا اذا كان ذلك في حوانيتهم قال ابن القاسم في العتبيه وان جاه بثوب
الى حانوته يكمده له فكمده فقطعه بحضرته من غير تفريط ولا تعد فانه يضمن غرم

من نفسه او لم يغر قال ابن حبيب ولو كمده معه رب الثوب فاصابه خرق فان كان من فعل
ربه لم يضمن وان كان من فعل الكماد فهو ضامن فان جهل فهو بينهما فيلزم الكماد نصف ما
نقصه وذلك في كتاب محمد قال القاضي ابن رشد في قوله فان جهل معناه انهما قالا لا ندري
من عمل من هو قال واما ان ادعى كل واحد على صاحبه فالحكم ان يحلفا فان حلفا او نكلا
ضمن الصانع النصف وان حلف احدهما ونكل الاخر عمل على قول الحالف قال ابن دحون ان
ضمان الكماد لحضرة رب الثوب على ما قال ابن القاسم لا يستقيم قال واذا حضر عمل متاعه
ابطل الضمان ولا ضمان على الصانع وان كان العمل في موضع الصانع قال ابن رشد قاسه على حامل
الطعام وما اصاب الا ان حامل الطعام ضمن بالتهمة وحضور ربه معه رافع لها
وافساد الثوب قد علم انه من الكماد وقوله والواجب قيمته يوم دفعه لما
قدم الكلام على وجوب ضمان المصنوع اخذ يتحدث في زمان الضمان فقال الواجب قيمته يوم
قبضه الصانع يعني غير مصنوع وهذا قول مالك في المدونة وغيرها قال ابن القاسم اذا
هلك الثوب بعد فراغه وقد علمت بينة بتمام صنعته ولم تعلم بهلاكه فالصانع
ضامن لقيمته يوم قبضه وليس لربه ان يضمن الصانع قيمته مصنوعا ويعطيه اجره
واجرى غير واحد من الشيوخ الخلاف في هذه المسالة من الخلاف في زمان ضمان الرهن اذا علم
وجوده بيد المرتهن بعد مدة من يوم قبضه وقد تقدم ذلك في محله واختلف في
الخياط يقطع الثوب ثم يغيب عليه بعد قطعه فقال في كتاب محمد عليه قيمته صحيحا
قبل قطعه ولو كانت شقة فقطع منها ثوبين ادعى ضياع احدهما كان عليه قيمة نصف
الشقة صحيحة لا قيمة نصف صحيح وقال في مختصر ما ليس في المختصر يغرم قيمته مقطوعا
واجازه اللخمي وهو ظاهر ولا سيما على اصل ابن القاسم انه يسقط عنه الضمان في التلف
اذا قامت البينة على ما سياتي قال اللخمي ويختلف على هذا اذا افسده الخياط بالخياطة او
القطع فعلى ما في المدونة يغرم قيمته صحيحا ولو كان في الوجهين وقال ابن شعبان
ان كان الفساد في القطع يغرم قيمته صحيحا وان كان في الخياطة غرم قيمته مقطوعا
يعني انه يغرم قيمته في الوجه الذي افسده عليه وصححه اللخمي قال في المدونة ولهذا
نوع الخياط والصانع من عمل ما في يديه ثم دعا صاحب المتاع فقال خذ متاعك
فلم ياتي حتى ضاع المتاع عند الصانع قال هو ضامن له على حاله قال اللخمي يريد انه

لم يحضره

لم يحضره ولو كان قد احضره وراه صاحبه مصنوعا على صفة ما شرطه عليه وكان قد
دفع الاجرة ثم تركه عنده فادعى ضياعه لصدق لانه خرج عن حكم الاجارة الى حكم
الايداع وقوله فان قامت بينة ففي سقوطه قولان لابن القاسم واشهب هذان
القولان مثل القولين في ضمان المرتهن والمستعار اذا كان مما يغاب عليه قال مالك في كتاب
محمد اذا سرق بيته وعلم ذلك وقال ذهب المتاع مع ما ذهب لم يصدق وكذلك لو
احترق بيته وذكر ان ثوب الرجل احترق فهو ضامن قال محمد حتى يعلم ان النار من غير
سببه او ياخذه سيل او انهدم عليه البيت فهذا وشبهه يسقط به الضمان وقد
اختلف الشيوخ في قول محمد حتى يعلم ان النار هل هو تفسير او خلاف فالذي في المدونة
ويضمن القصار قرض الفار اذا لم يعرف ولو ان الفار قرضه من غير تضييع وقامت
بذلك بينة لم يضمن قال ابن المواز اذا لم يكن ضيع قال ابن حبيب اذا ثبت السوس ان
الذي اصاب الثوب قرض فار او لحس سوس وهو بيد صانع او مرتهن لم يضمن وان قال
رب الثوب انهما ضيعا الثوب وانكر ذلك صدقا وعلى رب الثوب البينة انهما
ضيعا لان قرض الفار ولحس السوس امر غالب والمتعدي لا يلزم بالدعوى وراى ابن
يونس ان هذا خلاف لمذهب المدونة قال وقد قال في السوس اذا افسد الرهن يحلف المرتهن
ما ضيعت ولا اردت فسادا اذا علم انه من السوس وهذا نحو قول ابن حبيب ويلزم مثله
في قرض الفار وقوله وعلى سقوطه ففي سقوط الاجرة قولان لابن القاسم وابن المواز
يعني اذا فرعنا على قول ابن القاسم السابق وقامت بينة بالهلاك وعمل الصنعة
فسقط الضمان من اجل ذلك فنص ابن القاسم على سقوط الاجرة ايضا قال ابن المواز
وتجب للصانع الاجرة قالوا وسبب الخلاف هل يكون المصنوع قابضا للصنعة وان
لم يقبضه ربه او لا يكون المصنوع مستقلا بقبض الصنعة بل يشترط في قبضها
قبض رب المصنوع الثوب مثلا وعلى الاول يجري قول ابن المواز وعلى الثاني يجري قول
ابن القاسم فان قلت اطلق المؤلف كلامه حيث يجب تقييده وذلك ان هذه المسالة
مفروضة في المذهب فيما اذا شهدت البينة بهلاك المصنوع بعد فراغ الصانع من
الصنعة وكلام المؤلف يتناول هذه الصورة وغيرها وهو ما اذا هلك قبل الفراغ
من الصنعة قلت لا يحتاج الى ذكر القيد المشار اليه فان سياق كلامه دال عليه

وذلك ان الغرض سقوط ضمان المصنوع في الموضع الذي اختلف فيه ابن القاسم واشهب وهو ما اذا قامت البينه على هلاك الثوب بامر لا صنع للعامل فيه ولا تفريط منه على هذا التقدير ان كان هلاكه قبل عمل الصنعه فلا وجه للخلاف في الاجره اذ لا صنعه هناك يقبضها المصنوع عند ابن المواز فان قلت قصد المولف الخلاف على تقدير سقوط الضمان وجا الخلاف موجود في هذا الوجه فهو موجود في الوجه الاخر وهو ما اذا لزم الضمان الا ترى ان ابن القاسم قال في مسله الطحان يدفع اليه القمح فينقص الدقيق ان على الطحان ضمان ما نقص مما يخرج مثل قمحه من الدقيق واذا لزمه الدقيق فبالضروره تلزمه الاجره قلت مراد المولف الاستظهار على قولي ابن القاسم وابن المواز ولا يتصور ان لا على الوجه الذي ذكره وليس مراده ما عدا ذلك فان خلاف ابن المواز لابن القاسم في هذا الفرع شهير والمسله التي فرضها السايل خارجه عن ذلك والمنقول فيها هو ما ذكره السايل قال بعضهم والذي يجب فيها على مذهب المدونه ان يكون على الطحان من القمح ما يخرج منه قدر نقصان الدقيق فان كان القمح في التمثيل ثمانيه اقفزه وهذه الثمانيه تكون مطحونه بريعها تسعه اقفزه ولم يوجد في الدقيق الا ثمانيه اقفزه ونقصه قفيز فيودي اليه ثمانيه اتساع قفيز من قمح مثل قمحه ويكون عليه ان يطحنه فيصير قفيزا مطحونا وياخذ جميع اجرته وان لم يطحنه نقص من اجرته على الطحن ما ينوبه وذلك تسع الاجره ولا يجوز له على قياس هذا القول ان ياخذ منه ما نقص من الدقيق لانه يكون اذا فعل ذلك قد ابتاع منه قفيز دقيق بثمانيه اتساع قفيز قمح وحصته وبتسع الاجره فيدخله التفاضل بين القمح والدقيق وقد قال في سماع اصبغ ياخذ منه الدقيق قياسا على قول ابن المواز فوق هذا قال ابن رشد فيتحصل في المسله ثلاث مسائل المدونه وهي مسله المولف ايضا بذكر قول ابن القاسم وقول ابن المواز التفرقه بين البينه وعدمها وقول بانه يودي قيمته معمولا وله اجرته من غير تفريق يعني ان تقوم بينه على عمله اولا وقوله ولو شرط نفي الضمان ففي انتفاعه به روايتان قد تقدم في الرهن الكلام على هذا المعنى ورواية ابن القاسم وقوله انه لا ينتفع بشرط

بسقوط

سقوط الضمان ورواية اشهب وقوله انه ينتفع والجاري على اصلهما عكس ما قاله كل واحد منهما لان الضمان عند ابن القاسم ضمان تهمه ويصح اشتراط سقوط موجبها كما اذا اشترط او قبل الخصوص سقوط البينه على قضاء الدين والجاري على اصل اشهب انه لا ينتفع لانه ضمان اصاله عنده فشرط سقوطه يتضمن مخالفه مقتضى العقد وهو باطل والزم بعض الشيوخ على قول اشهب هذا الا يكون للصانع المسمى وانما يكون له اجره المثل قال لانه انما رضي بالمسمى من اجل سقوط الضمان فاذا لم يوف له به وجب ان تكون له اجره المثل وهذا البحث ينتج ان يكون له الاكثر وقوله واما لو باعه قفيز حنطه على الكيل وعليه طحنها فالضمان على البايع لا شك ان البيع اذا انعقد على قفيز حنطه بعينها قبل الطحن على الكيل وعلى ان على البايع طحنها ان ضمان الدقيق من البايع واذا كان الحكم فيما فيه حق توفيه من دقيق وشبهه ان الضمان من البايع حتى يقبضه المبتاع بعد كيله او وزنه فكيف اذا انعقد عليه البيع قبل الطحنه واما كان ينبغي ان يذكر هنا اذا باع حنطه على ان على البايع طحنها فهاهنا اذا قلنا بالجواز يمكن ان يقال انه بيع واجاره فهل يضمنه مطلقا او يفرق فيه فان ضاع ببينه سقط الضمان وان كان بغير بينه وجب الضمان والمنصوص وجوب الضمان من البايع فهذا هو محل الاشكال فتخصيصه بالتنصيص على حكمه اولى من التعرض لغيره مما لا اشكال فيه وقوله واما غير محله الحاجه كالكتاب للنسخ والجفن يصاغ على نصله وظرف القمح فقولان تصوره هنا ظاهر وانما قيد قوله في الجفن بانه يصاغ على نصله ولم يقل والجفن لانه لو قال ذلك لتوهم ان الصياغه في الجفن فيكون محلا للصنعه والغرض ان ذلك في غير محل الصنعه واما ما نقله المولف من القولين فهما صحيحان في هذا الاصل على حسب ما دل عليه المسايل من حيث الجمله ولكن الواقع في اعيان المسايل يدل على ان قول القايل الواحد منهم قد اضطرب في هذا المعنى ولما ذكر بعض الشيوخ المنصوص في هذا الباب قال فيتحصل في ذلك ثلاثه اقوال احدها الا يضمن الا ما له فيه عمل وان كان يحتاج اليه في عمله او يحتاج اليه الشي المعمول وهو قول سحنون والثاني انه يضمن ما لم يكن له فيه عمل اذا كان يحتاج اليه في عمله او يحتاج اليه الشي المعمول وهو قول ابن حبيب والثالث انه يضمن ما لم يكن له فيه عمل وان لم يحتاج اليه الشي المعمول الا ان يحتاج اليه في عمله وهو قول محمد

وقال اصبغ في العتبية من اتى بجفنين الى خراز يصلح له احدهما فلا يضمن الا الذي فيه
العمل قال بعض الشيوخ لا خلاف في ذلك لان الثاني عنده بمنزلة الوديعة الا ان الشيوخ اختلفوا
في صفة تقويم الذي يضمنه منهما فمنهم من راى انه يقوم عليه وحده على انه لا صاحب
له ومنهم من راى ان يقوما جميعا ثم يقوم الباقي وحده ثم يغرم ما بين القيمتين لانه
افسد عليه الباقي بتلاف التالف وهو الصحيح كما لو استهلك له رجل احدهما ضمن ما نقص منهما
وقوله والاجرا والصناع تحت يد الصانع امنا له ه افاد قوله تحت يد الصانع الاشارة
الى موجب سقوط الضمان عن الصانع الاسفل لانه اذا كان تحت يد الاعلى صار صانعا خاصا
له ولا يكون الاعلى صانعا مشتركا اما لو كان الصانع الاسفل يذهب بالمصنوع الى منزله
فانه يكون صانعا مشتركا فيضمن وهذا اشار اليه غير واحد وكلام المولف يقتضيه
وقال اشهب اذا كثرت الثياب على الغسال فواجر اجراء يبعثهم الى البحر فيدعون
تلفا فهم ضامنون قال ابن ميسر وذلك انه اذا واجرهم على غسل اثواب مقاطعة فانظر
هذا هل هو موافق لما قلنا اولا قال بعض الشيوخ فاذا دفع رب الثوب الى الصانع الاول
اجرته ولم يدفع الاول الى الثاني اجرته فلرب الثوب قبض الثوب من الثاني بغير اجرة
ويدفع الاول الى الثاني اجرته اذا ثبت دفع رب الثوب الى الاول قال والاشبه في
القياس الا ياخذ رب الثوب ثوبه من الثاني الا ان يدفع اليه اجارته لانه ليس مستحقا
لعين الصنعة فياخذها بغير شيء وفي العتبية عن مالك مثل ما قاله هذا الشيخ اولا وان
كلامه وذلك في كتاب محمد قال ابن ميسر وان لم تقم بينة انه دفع الاجرة للاول
فليحلف الثاني انه ما قبض اجرته ويكون له على ربها الاقل من اجرة مثله او اجارة
الاول ويتبع هو الهارب ببقية اجرته قال في كتاب ابن المواز ثم ان قدم الاول فانكر
بقبض اجرته فليرجع القادم على الثاني بما قبض منه قال الشيخ ابو محمد وهذا غير
مستقيم ولا يقبل دعوى القادم على المقيم اذا كان القادم عديما قال الشيخ القاضي
ابن رشد قول ابن ابي زيد صحيح ولم ينص ابن المواز على انه يرجع على الثاني باقرار
القادم وان كان عديما فينبغي ان يحمل قوله على ما يصح اذا كان مليا قال وقول محمد يصح
حلف الثاني وياخذ الاقل صحيح وذلك لو اقر صاحب المتاع انه لم يدفع الى الاول
شيا قال وهذا اذا علم بما استاجر به او اقر بذلك الثاني واما ان لم يكن ذلك

فلا

فلا سبيل الى اخذ المتاع الا بعد ان يدفع اليه جميع اجارته ان علمت وان لم
تعلم فيخرج ذلك على قولين احدهما ان القول قوله في مبلغها مع يمينه اذا اتى
بما يشبه فان لم يات بما يشبه لم يصدق وكانت له اجرة مثله والثاني انه لا يكون
له الا اجرة مثله وان اشبه ما ادعاه وهو الذي ياتي على مذهب ابن القاسم قال وانما
وجب ان يكون للثاني الاقل على صاحب المتاع لانه غريم غريمه لا من اجل ان السلعة رهن
اذ ليست برهن فلا يكون له امساكها ولا احق من صاحبها ان فلس عند ابن القاسم وذلك
لا يكون القول قوله ان ادعى اكثر من اجارة مثله قال وانما وجب ان يكون لصاحب المتاع
اخذه معمولا دون غرم الثاني اذا كان قد دفع للاول لان العمل على الاول مضمون ولو
كانت الاجارة على عمل الاول بعينه لما وجب العمل على الاول لصاحب المتاع اخذه ولو كان
قد دفع الاجر للاول الا ان يعلم الثاني بتعدي الاول قال وهذا الذي ياتي على اصولهم
ولا اعلم فيه نصا وقوله واما اجير حمل الطعام فان فرط او غر ضمن والا فلا ه
حامل غير الطعام لم يغيب عين المحمول ولا صفته فليس فيه مقتض من مقتضيات
الضمان كما قيل في الصانع واما ضمانه بالتفريط المقتضي للهلاك فلان الاهلاك
حينئذ اتلاف بمباشرة ولا شك انه موجب للضمان واما غروره من ضعف احبال
او عثور دابة فان كان هو يتولى سوقها فظاهر انه غرور بفعل وهو موجب للضمان
ولا مبالاة بالقول الشاذ في سقوط الضمان بالغرور بالفعل لضعفه وان كان يتولى
السوق غيره فشبهه بالغرور بالفعل اقوى من شبهه بالغرور بالقول وجب حكما
بالضمان في هذه المسالة فظاهر المدونة وهو مذهب ابن حبيب انه يلزمه المثل او
القيمة بموضع هلك قال ابن حبيب وله من الكراء بحسابه الى ذلك الموضع وحكى على
قول غيره انه مخير في ان يضمنه قيمته يوم تعديه او يوم هلك وقوله وفي حمل
الطعام يضمن مطلقا الا ببينة وقال به الفقهاء السبعة ه يعني ان اجير حمل
الطعام مخالف لاجير حمل غير الطعام في كونه ضامنا مخالفا للاول لان حامل
الطعام الاصل انه ضامن حتى تقوم البينة على وفق دعواه وحامل غير الطعام
الاصل سقوط الضمان عنه حتى يغر او يفرط كما تقدم فان قلت الى ما ذا يرجع كلام المولف
مطلقا قلت الى اثبات الضمان في المواضع التي نفي الضمان عنها في المسالة السابقة بقوله

هنا والاولى لكن استشكل بعضهم استثنا المولف نفي الضمان عند قيام البينه
واقتصاره على هذا وراى ان ذلك يوهم ثبوت الضمان في كل ما عداه وليس كذلك فان
من المسايل التي يسقط الضمان فيها عن حامل الطعام ان يكون ربه مصاحبا لحامله
ويحتمل ان يجاب عنه بان مصاحبه ربه له ابلغ من الدلاله على صدق الحامل من البينه
فان حصول ربه معه يتنزل منزله الاقرار والاقرار اقوى من البينه فسكوت المولف
عن المصاحبه انما كان استغنا عنها بما ذكره مما هو مستلزم لها والله اعلم وعمده
المذهب في تضمين حامل الطعام لما حملوه قريب مما تقدم في تضمين الصناع الا انهم
قرروا هذا بان الايدي تمتد الى الطعام غالبا فلو قبل قولهم في تلفه لادى الى
تلف هذا النوع ولكنه لا ينهض مثل نهوضه في الصناع لان الحمل ايسر من الصنعه
اذ يمكن من اكثر الناس والصنعه لا تمكن من الاكثر ومشهور المذهب ان لا تفصيل
في المطعومات في الحكم الذي ذكره المولف ولابن حبيب في ذلك تفصيل انكره غير واحد
قال والذي يضمنونه من الطعام والادام ما كان قوتا خاصه من ذلك القمح والشعير
والدقيق والسلت والذره والدخن والعلس والكرسنه وليس الارز من ذلك
لانه مما يتفكه به قال الشيخ ابو محمد لعل هذا في بلد غير بلد الارز والا فبعض
البلدان هو جل قوتهم قال ابن حبيب ويضمنون الفول والحمص والعدس واللوبيا
والجلبان ولا يضمنون الترمس لانه تفكه ولا يضمنون من الادم الا الزيت
والعسل والسمن والخل فاما المري والرب والاشربه الحلال والجبن والشيراز
واللبن والزبد وساير اللحم والابزار ولا يضمنونه ولا يضمنون من خضر الفواكه
ورطبها ويابسها الا التمر والزبيب والزيتون ويضمنون الملح ولا يضمنون شيا من
الادهان وكلما وصفنا انهم لا يضمنونه فهم مصدقون في تلفه كساير العروض قال
ابن المواز عن اصبغ اذا فارق رب الطعام حامله في بعض الطريق لم يضمن قال ابن
المواز لان اصل حمله على غير التسليم وقال بعض الشيوخ ان كان ربه تركه وذهب
على ان لا يعود فلا ضمان على حامله وان كان على ان يعود اليه فلا ضمان واحتج بقول
اهل المذهب في الاكريا اذا بلغوا المسافه وحازوا العروض المحموله حيازه الكرا في
انهم يضمنونها فكما نقل حامل العروض من عدم الضمان الى الضمان فكذلك ينقل حامل

صوابه ويعلمه الضمان

وحازوا

الطعام

الطعام من عدم الضمان الى الضمان وقد يفرق بينهما بان حامل الطعام في هذا
النزع لم يتغير حال قبضه للطعام في فعل ولا نيه وانما تغيرت حال دافعه
وتغير حال الدافع من انه ذهب عن الطعام لا يعود اليه لا يوجب حكما على القابض
بغير اختياره ولا تسببه واما حمل العروض فتغيرت حال قابضها بالامساك على
وجه لم يكن قبل ذلك وهو فاعل ذلك الامساك حقيقه ولا استبعاد في تغير الحكم
لتغير سببه قال الشيخ ابو الحسن اللخمي واختلف اذا حمله في المدينه ولم يحمله
صاحبه او في السفر في البحر وصاحبه معه او لم يكن معه صاحبه وليس الطعام
مما تدعو الحاجه اليه في الغالب فالمعروف من المذهب انه غير مصدق اذا غاب
عليه وان حمله في البلد وقال ابن كنانه في الذي يحمله في المدينه لا ضمان عليه يريد لانه في
المدينه قادر على ان يصحبه من غير ضرر عليه فاذا لم يفعل كان قاصدا الى الا
ضمان قال وان صحبه صاحبه في البحر ثم نقص او ذهب بعضه صدق عند مالك في
الريف في السفر انه غير مصدق قال لانه سلمه وحازه وانما يدخل التاجر وقت
اقلاعه وهذا الذي استحسنه اللخمي وقوله واما اجير الحراسه فلا يضمن
شيا يعني سوا كان على حراسه الطعام او غيره هكذا نصوا عليه لان الايدي
تمتد للطعام في الحراسه كما تمتد في الحمل قال بعضهم الا ان يلجي قوم اضطروا الى
من يحاول على الطعام منه فيستاجروه نقابه لشره وليدفع شره فوهم الحرس
فيضمن او يعلم منه الخيانه فيضمن وقوله والحمامي امين على الثياب وقيل
يضمن ظاهر كلامه ان الحمامي هو مكري الحمام لا حارس الثياب فان كان هذا
مراده فالمشهور انه لا ضمان عليه مطلقا الا ان يفرط وليس القول الثاني بالضمان
مطلقا بموجود في المذهب والله اعلم والذي قاله مالك في العتبيه وقد امر صاحب
السوق ان يضمن اصحاب الحمامات ثياب الناس او يا تموا بمن يحرسها قال ابن يونس
ورايت في بعض الحواشي عن ابن عبد الحكم مثله وزاد ولا ضمان على من يحرسها وقال
القاضي ابن رشد في حارس الحمام تفصيل ان استاجره صاحب الحمام لحفظ ثياب الناس
الداخلين باجره ثابته في ذمته فلا اختلاف في عدم ضمانه الا ان يفرط واما ان كان يحرس
ثياب الناس بجعل ياخذه ممن دخل فقال مالك لا ضمان عليه قال ابن لبابه وما سواه خطا

وضمنه ابن حبيب قال ابن المواز من استوجر لحرس بيتا فينام فيسرق ما فيه فلا
يضمن وان غاب عليه وله جميع الاجره وكذلك حارس النخل قال ابن المواز لا يضمن الحارس
الا بتعدّ كان ما لحرسه مما يغاب عليه او لا طعاما او غيره وكذلك من يعطي طعاما
يبيعه فيضيع او يضيع ثمنه الا ان هذا لا اجر له ولا ضمان عليه قال مالك في
الغنميه يبعث معه لجاد من يبلغها موضع كذا باجر مسمى فنام في الطريق فابقت
او ماتت فان ابقت حوسب وان ماتت فله الاجره كلها قال ابن القاسم الاباق والموت
واحد وله الاجره كلها ويستعمله في مثل ذلك حتى يتم او يبلغ وقال ابن وهب له من
الاجاره حيث بلغ وقوله وكل من اوصل نفعا من عمل او مال بامر المنتفع او
بغير امره مما لا بد له منه يغرم فعليه اجره العمل ومثل المال بخلاف عمل يليه
بنفسه او بعبده او مال يسقط مثله عنه ○ هذا الكلام اتى به المولف في اخر
الاجاره ليبين به ان الاجره قد تجب للعامل بغير امر من وصلت اليه المنفعه
وان ما ذكره في الاركان من العاقدين لا يعترض بمثال هذا كما لا يعترض بذلك في
البيع قد كان من وصلت اليه المنفعه من غيره او وصل اليه منه مال على اي
وجه كان بامر المنتفع او بغير امره بشرط ان يكون ذلك الواصل مما لا بد له منه
للمنتفع به او اخذه فعليه قيمه المنفعه وهو الاجره قال المولف ومثل المال وهذا
ان كان المال من ذوات الامثال فظاهر وان كان من ذوات القيم فيحتمل ان يقال ذلك
لان معطيه كالمسلف ويحتمل ان يقال عليه القيمه ولم يشترط المولف في وصول
المنفعه للمنتفع ان يكون الذي اوصلها قاصدا الى ايصالها بل ظاهره ان ذلك
العوض يجب مع الغلط وقد وقع في الذي حرث ارض جاره لبلا يظنها ارضه
نفسه غلطا منه مثل ما قاله المولف وذلك يدل على انتفا الشرط المذكور وهذا
الفرع مما يحسن ان يجعل مثالا للعمل الذي ذكره المولف واما قوله ومال فمثاله
من انفق على زوجه رجل او ولده وشبهه ممن تلزمه نفقته فان هذا يرجع
على من وجبت عليه النفقه ابدا على الوجه الذي ذكره واما قوله بخلاف عمل يليه
بنفسه او بغلامه فيعني به انه لا يلزم ذلك المنتفع عوض لانه غير منتفع في
المعنى وكذلك اذا انفق على من لا يلزم غيره نفقته او انفق على من يلزمه
ان ينفق عليه ما ينفق اكثر من القدر اللازم فانه يسقط عنه الزايد على نفقته

مثله

مثله ولا اشكال ان مراد المولف بقوله نفعا ما هو اعم من المنفعه التي هي احد العوضين في
الاجاره الا ترى انه قسم ذلك النفع الى العمل والمال ○ قوله التنازع ○ هذا الفصل
اتى به المولف في اخر كلامه على الاجاره على عادته وعاده غيره في تعقيب عقود المعاوضات
بالكلام على التنازع فيها تحصيلا للفايده ولما ادخل المولف في الكلام على الاجاره الكلام
على اجاره الحيوان البهيمي والكلام على كرا الدور والارضين فكان ينبغي ان ياتي بالكلام على
التنازع في كرا البهايم والدور لان الامتياز بين التنازع في هذه الاجارات حاصل في المذهب
بحيث لا يطمع ان يكتفي بمعرفه الحكم في احد نوع منها عن معرفه الحكم في بقيتها وذلك
منصوص عليه في المدونه وغيرها ومن رام ان يكتفي بحكم الصانع في ذلك عن حكم
اجاره الدواب لكمن رام ان يكتفي بمعرفه الحكم في اختلاف المتبايعين عن معرفه الحكم
في اختلاف الاجير والمستاجر ○ وقوله بان يقول رب المتاع سرق وقال الصانع
استصنعني فقال ابن القاسم يتحالفان ويقال لمالك ادفع قيمه العمل فان ابى قيل
للصانع ادفع قيمه المتاع بغير عمل فان ابى كانا شريكين بالقيمه والعمل وقال غيره
العامل مدع ○ يعني ان التنازع بين رب المتاع والاجير بان يقر ربه الاول للصانع
بموضع اليد ويدعي الصانع انه دفعه له لاجل الصنعه فاختلف فيها على قولين
فقال ابن القاسم يتحالفان تريد وليس التحالف هنا كاختلاف المتبايعين لان في التحالف
عند من يراه ولا في ان البايع هو الذي يبدا وهو الاجير لان تبديه البايع هناك بسبب
اتفاق المتبايعين على حصول البيع ووقع التنازع بينهما في مقدار العوض او
جنسه وهاهنا رب المتاع هو الذي يبدا كما يبدا لو ادعى مالك سلعه على غيره
اشترا سلعته فلا يحلف هذا قال الشيخ ابو محمد وغيره يحلف ولا لصاحب الثوب
انه ما استعمله ثم يقال للصانع ادفع اليه قيمه ثوبه والا فاحلف انه استعملك
فان حلف قيل لربه ادفع اليه اجر عمله وخذه وهذا هو معنى قول المولف ويقال
لمالك ادفع قيمه العمل وتفسيره كلام ابن القاسم ظاهر التصور واللام في قوله
بالقيمه والعمل للعهد اي بقيمه المتاع المتقدم غير معمول وبقيمه العمل الذي صنع
العامل في المتاع ولا خفا ان ما قاله غير ابن القاسم هو الاصل لان العامل يطلب اخراج
شي من جهه رب المتاع فعليه البينه زاد في المدونه تمام كلام غير ابن القاسم

ولا يكونان شريكين وقال بعض الشيوخ يتحالفان حتى يقال لصاحب الثوب ما تريد
فان قال يضمن الصانع قيل له فاحلف انك ما استعملته فان حلف قيل للاخر احلف
لقد استعملك لتبرا من الضمان ثم قيل لرب الثوب ادفع اليه قيمة الصبغ لانه قد برى من
المسمى بيمينه او لا فان ابى قيل للاخر ادفع اليه قيمة ثوبه فان ابيا كانا شريكين وان
قال صاحب الثوب او لا اريد ان اخذ ثوبي نظر الى قيمة الصبغ فان كانت مثل دعوى
الصانع فاكثر فلا ايمان بينهما يقال لرب الثوب هب ان الامر كما قلت انه سرق لك
وارد ان اخذه لم تقدر على اخذه الا بدفع الاجارة التي قال الصانع اذا كانت مثل
قيمة الاجارة او اقل ولا يمين هاهنا وان كان ما ادعاه الصانع اكثر حلف المستحق
وحده فيحط عن نفسه الزايد على قيمة الاجارة من التسمية التي ادعاها فعلى
هذا يصح الجواب عن قوله سرق مني والى نحو من هذا نحى اللخمي ايضا واستحسن هو قول
ابن القاسم ورأى ان الشارع شبهه تسقط التهمة والتضمين عن الصانع واصل
تتمة هذه المسألة ما زاده في المدونة اذا ادعى رب المتاع ان الصانع سرقه منه
وكان الصانع ممن لا يشار اليه بذلك فانه يعاقب رب المتاع والا لم يعاقب فقد
تقدم المؤلف الكلام عليها في غير هذا الموضع فلذلك سكت عنها هاهنا وقوله
فلو قال المالك او دعتك فقال ابن القاسم القول قول الصانع والاذهب اعمالهم
لانهم لا يشهدون وقال غيره العامل مدع ٥ اعتبر ابن القاسم الغالب فان الغالب في
الصناع الغالب عليه انه للصنعة لا الوديعة ولا يحلفون الاشهاد على ما
قبضوه للصنعة لان العرف المطرد بخلافه فلو اعتبرنا الاشهاد لطلبناهم بما
هو ساقط عنهم والاذهبت اعمالهم بغير عوض واعتبر غير ابن القاسم الاصل قال
ابن يونس وقاله ابن حبيب قال وكذلك لو قال ربه سرق مني وحلف ثم يأخذ ثوبه
مصبوغا او معمولا بغير غرم الا ان ينقصه الصبغ او يفسده فربه مخير بين
اخذه او تركه واخذ قيمته وان زاده الصبغ فله اخذه بلا غرم وقال اللخمي بعد
قول غير ابن القاسم يريد انه يكون على حكم التعدي لانه لم يفرط قال والاصل يكون
ان القول قول الصانع في طرح العداء والقول قول الاخر في طرح التسمية ويكونان
شريكين قال وهذا الاختلاف اذا اراد التضمين واما ان اخذ ثوبه وكانت

اجل

الاجارة المثل مثل المسمى فاكثر اخذه ودفع المسمى ولا ايمان وان كانت اجارة
المثل اقل من المسمى كان بينهما قولان فعلى قول مالك يحلف الصانع ويأخذ المسمى وعلى
قول غيره يحلف صاحب الثوب ويدفع اجارة المثل وقوله ولو صاغ سوارين
فقال امرتك بخلخالين صدق الصانع ٥ هذا في المدونة يعني مع يمينه
وانما رجح قول الصانع عنده لتعدد العدا عليه وظاهر كلام المؤلف وهو
ظاهر المدونة ان الصانع اذا حلف اخذ المسمى قال سحنون ان في بعض الروايات
باثر الكلام الاول لان ارباب المتاع يدعون تضمينهم فالقول قول الصناع مع ايمانهم
ولهم الاقل من اجر مثلهم او ما سموا وقال اللخمي ان الجاري على قول سحنون ان يكون
القول قول صاحب الفضة انه لم يستاجره ليعمله سوارين والقول قول الصانع انه
لم يتعد ويكونان شريكين هذا بقدر الفضة والاخر بقدر الصنعة الا ان يحب
صاحب الفضة ان يعطيه اجارة المثل اذا كانت اقل فان قلت لم اتى بهذه المسألة في
المدونة وكذلك مسألة اختلاف الصناع ورب الثوب في صبغه بعد العمل والحكم فيهما
في المدونة واحد الا ان مسألة الصبغ فيها خلاف لابن حبيب والكلام فيها متسع فهلا
اتى بها المؤلف عوضا عن هذه لانها اتم فائدة قلت قد قدمنا ان تصديق الصناع في مسألة
السوارين انما كان لانه مدعى عليه العدا بعد فوات العمل واذا قبل قوله في ذلك مع ان
الصنعة يمكن ازالتها وعود المصنوع الى الحالة التي كان عليها فلان يقبل قوله في
مسألة الصبغ مع امتناع عود المصنوع الى ما كان عليه اولى وفي قوله فلو قال المالك
فهلا نه وقال الصانع بل اربعة صدق الصانع فيما يشبه بخلاف البناء لانه غير حائز
لذلك يعني ان الصانع اذا اختلف مع المالك في قدر الاجرة بعد العمل فلا يخلو
ان يكون ذلك في موضع الصانع او في موضع المالك والاول يكون فيه القول قول
الصانع اذا ادعى ما يشبه لبقاء الشيء تحت يده فان لم يات بما يشبه حلف المالك
ان اتى بما يشبه وهو ظاهر فان اتيا بما لا يشبه كان للصانع اجر مثله والثاني
وهو الا يكون الصانع حائزا للمصنوع فينعكس الامر فيه ويكون القول قول المالك
كمن استاجر اجيرا على بناء حائط في ملكه والفرق بينهما هو ما اشار اليه المؤلف
المصنوع في الاول باق تحت يد الصانع وهو يشبه البايع الذي لم يخرج السلعة من

بيده فالقول قوله وهو في المالكي وقد اخرج المصنوع من يده بل لم تزل له يد عليه
في الحقيقة وهو تحت يد مشتري الصنعة وقد قال فالقول ذلك الابهري والله اعلم
وقوله ولو اختلفا في رده فالقول قول المالك قبضه ببينة او بغير
بينة وقال ابن الماجشون ان قبضه ببينة والا فالقول قول المالك يعني لو
طلب المالك اخذ المصنوع من الصانع فقال رددته اليك لكان القول قول المالك
وسواء كان قبض الصانع ببينة او بغير بينة وكذلك الرهن والعارية وما بيع
على خيار فيما يغاب عليه لان هذه الخمسة مقبوضة على الضمان وراى ابن الماجشون
ان المصنوع كالوديعة والقراض لان الضمان بسبب التهمة لا بالاصالة

آخر السفر السادس وبه كمل كتاب الاجارة يتلوه
في الذي يليه الجعالة ان شاء الله عز وجل عادة الفقيه
والحمد لله حق حمده وصلواته على سيدنا محمد وآله وسلم
وكتبه العبد الفقير المرتكب الخطايا والزلل والمعصية
محمد المدعو المالكي وكان الفراغ من نسخه يوم الثلاثاء
رابع شهر شعبان المكرم عام ثلاثة وثلاثين وسبعمائة
والحمد لله رب العالمين حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده